✠

P O R

DON DIEGO LOPEZ PACHECO Cabrera y Bobadilla, Marques de Villena, y de Moya, Duque de Escalona.

C O N

Doña Francisca Antonia de Cabrera y Bobadilla, y su Curador ad litem.

S O B R E

La tenuta del dicho Estado, y Marquesado de Moya, que vacò por muerte de Don Ioseph Lopez Pacheco Cabrera y Babadiila, Conde de Sante Esteuan, hijo legitimo del dicho Marques de Villena, y Moya.

1 ARA mejor inteligencia se supone en el hecho. Lo primero, que Don Andres de Cabrera, primer Marques de Moya fundò este mayorazgo, y llamò a èl a Don Iuan de Cabrera y Bobadilla su hijo legitimo, y de doña Beatriz de Bobadilla su muger. Y por muerte del dicho don Iuã de Cabrera, primer llamado, sucediò en el dicho mayorazgo Doña Luisa de Cabrera y Bobadilla, tercera Marquesa de Moya, la qual casò con don Diego Lopez Pacheco, Marques de Villena, Duque de Escalona, visaguelo del que oy litiga, y del dicho matrimonio quedarõ por sus hijos don Francisco Lopez Pacheco, y doña Iuana Pacheco.

2 Lo segundo, que auiendo vacado el dicho mayorazgo por muerte de la dicha doña Luisa de Cabrera y Bobadilla, se introduxo en el Consejo pleito de tenuta por la dicha Doña Iuana Pacheco con el dicho Don Francisco Lopez Pacheco, pretendiendo, que a ella le tocaua, por no poder cõcurrir con el dicho Estado de Villena, y Escalona, y auerse de diuidir en el hijo segundo, conforme a la clausula de la fundacion, que la que diò motiuo à aquel pleito; y a este que aora se litiga, es del tenor siguiente.

3 *Otro si ordeno, y mando, que si acaesciere, que este mi dicho mayorazgo*

ouiere de venir alguna muger, que le pertenezca, ſegun la orden, y regla que de ſuſo ſe contiene. Y eſta tal caſare con alguna perſona que tuuiere otro mayorazgo, quiero, è mando, que en tal caſo, ella, è ſu marido tengan en ſu vida, y poſſean el dicho mayorazgo. Pero deſpues de los dias de la tal muger, quiero, è mando, que ſi huuiere dos hijos varones, que eſte dicho mayorazgo venga al hijo ſegundo legitimo natural, è à ſus deſcendientes, por la orden, è regla que ſuſo dicha es en eſte mi mayorazgo, è no venga, ni pueda venir al hijo mayor, porque aquel aya, y herede el mayorazgo de ſu padre, y no ſe confunda eſte dicho mi mayorazgo con el ſuyo. Pero ſi acaeſciere, que la tal muger ſolamente huuiere vn hijo varon, que el tal hijo aya èl dicho mayorazgo, e lo tenga, è poſſea en ſu vida. Pero deſpues de ſus dias, que lo aya, y herede el ſegundo hijo varon ſuyo legitimo, è natural, ò hija en defecto de hijo varon, è ſus deſcendientes legitimos naturales, ſegun la orden, y regla de ſuſo contenida en eſte dicho mi mayorazgo: è el que lo anſi poſſeyere deſpues de los dias de ſu madre, ò aguela, ò viſaguela, ò deſde arriba, que guarde, è tenga en el cognombre, ò ſobrenombre, y en el eſcudo de ſus armas, lo que abaxo ſe dirà del que tuuiere eſte dicho mi mayorazgo.

4 Y la clauſula que habla del grauamen de apellido, y armas, dize aſsi: *E quiero, y mando, y es mi voluntad, que el que eſte dicho mi mayorazgo tuuiere, è poſſeyere, tenga el nombre, y apellido de Cabrera, y Bobadilla, è que traiga las armas, aſsi como oy dia las traemos, juntamente en los eſcudos de nueſtras armas.*

5 Lo tercero ſe ſupone, que aunque la dicha doña Iuana Pacheco en el dicho juizio de tenuta obtuuo ſentencia de viſta en ſu fauor, ſe reuocò en reuiſta, porque entonces ſe admitia ſuplicacion, haſta que ſobreuino la *l. 5. tit. 19. lib. 4. recop.* en que ſe prohibiò la ſuplicacion en los pleitos de tenuta, y por la dicha ſentencia de reuiſta ſe dio la tenuta al dicho dō Franciſco Lopez Pacheco, con lo qual la dicha doña Iuana Pacheco intētò el pleito en la Propiedad en la Chancilleria de Granada; y auiendo ſido por ſentencia de viſta abſuelto el dicho Marques, ſe reuocò en reuiſta, y ſe declarò pertenecer el dicho Eſtado, y mayorazgo a la dicha doña Iuana Pacheco: y deſta ſentencia de reuiſta ſe ſuplicò ſegunda vez, cō la pena, y fiāça de las mil y quinientas por el dicho Marques don Franciſco; y por ſentencia del Conſejo, en el dicho grado de mil y quinientas, ſe reuocò la dicha ſentencia de reuiſta de la Chancilleria, y ſe confirmò la de viſta, y ſe deſpachò carta executoria en fauor del dicho Marques don Frāciſco. Cō que ſe quedò gozando, y poſſeyendo el dicho Eſtado, y mayorazgo, jūtamente con el Eſtado, y mayorazgo de Villena, y Eſcalona.

6 Lo quarto, que por muerte del dicho Marques don Franciſco, quedaron por ſus hijos legitimos don Iuan Fernandez Pacheco, q̄ fue el primogenito, y dō Franciſco Pacheco ſu hijo ſegundo, y como entrambos erā va-

varones,sucediò en el dicho Estado de Moya,sin pleito, ni cõtrouersia el dicho don Francisco,por cuya muerte quedò por su vnica hija,y sucessora en el dicho Estado doña Luisa Bernarda de Cabrera y Bobadilla,sexta Marquesa de Moya,la qual casò con su primo el dicho Marques de Villena,Duque de Escalona,que oy litiga,y del dicho matrimonio tuuierõ por su hijo legitimo al dicho don Ioseph Lopez Pacheco Cabrera y Bobadilla,septimo Marques de Moya,que murio sin hijos,ni descendientes legitimos.

7 Lo quinto,que por muerte del dicho don Ioseph Lopez Pacheco, puso demanda de tenuta al dicho Estado la dicha doña Francisca Antonia de Cabrera y Bobadilla,hija segunda del Duque de Peñaranda,Conde de Miranda,tercera nieta de la dicha doña Iuana Pacheco, que fue vencida por la executoria referida por el dicho Marques don Francisco,aguelo de el que oy litiga. Y pretende,que ha llegado el caso de diuidirse este mayorazgo,y que no puede concurrir con el de Villena, y Escalona, que esta parte possee.

8 Esto supuesto,se diuidirà este papel en dos articulos.

9 En el primero se fundarà, que obsta a la dicha doña Francisca Antonia la excepcion de la dicha cosa juzgada,en que fue vencida la dicha doña Iuana Pacheco,su tercera aguela.

10 En el segundo,que quando no huuiera auido la dicha cosa juzgada, y se pudiera boluer a deducir en juizio la pretension introducida por la dicha doña Francisca Antonia, no tiene derecho alguno a la sucessión del dicho Estado,y mayorazgo.

Primer articulo.

11 Es conclusion cierta, y comunmente recibida, que la sentencia dada en juizio legitimamente litigado,y plenamente defendido contra el posseedor del mayorazgo,per judica a todos los demas que por muerte de aquel podian pretẽder la sucessiõ,vt per text.*in l. si suspectea, & in l. Papinianus, §. vltimo*,ff.*de innoffícios. testam. l. ex contractu*,ff.*de re iudica, l. 1. §. denunciare*,ff.*de ventr. inspiciendo, l. ingenuum*,ff.*de statu hominũ, tenent Bar. in l. in diem, nu. 1. & ibi Angel.*ff.*de aqua publ. arcend. D. Molin. de Hispan. primogen. libr. 4. cap. 8. num. 3. D. Couar. pract. cap. 13. num. 6. Simancas de Hisp. primogen. lib. 4. cap. 23. Peregrin. de fideicommis. art. 53. nu. 49. & cum pluribus, Giurba decis. 1. num. 15. Salgado de Reg. protect. p. 4. cap. 8. nu. 311. & 312. Capicius Latro consult. 85. tom. 2. nu. 29. Castill. lib. 6. cap. 157. per totum præcipuè, num. 11. cum sequentibus, latissimè Fusarius de substitutio. q. 622. vbi nu. 4. dicit, quod hæc opinio est receptissima, & in iudicando, & consu-*

silendo non est ab ea recedendum, Freccia de sub fœud. fol. 281. & fol. 382. nu. 4. Additionatores ad Molin. dict. cap. 8. num. 3.

12 Y de la manera que por la razon dicha, si la dicha executoria huuiera salido contra el dicho Marques don Francisco, era preciso q̃ perjudicasse a esta parte, como descendiẽte suyo · de la misma manera le ha de aprouechar, auiendo sido en fauor suyo, vt per text. *in l. si à te, §. Iulianus. ff. de except. rei iudicatæ, gloss. in l. exceptio, ff. eodem, l. 21. tit. 22. par. 3. tenet cũ aliis Mieres de maiorat. p. 4. q. 14. num. 16. & 17. Additio. ad Molin. dict. nu. 3. vers. Cæterum, & facit axioma vulgare, quod contrariorum eadem est ratio, & disciplina, l. 1. ff. de his qui sunt sui, l. fin. ff. de legat. 3. l. in fundo, ff. de reiuindicatio. cap. translato de constitutio. Surd. cons. 1. n. 92. Sesse decis. 52. num. 38.* Y como perjudicò, y obrò cosa juzgada contra la dicha doña Iuana, aunque ella huuiera vencido en la tenuta, y huuiera llegado a ser posseedora del mayorazgo, quanto mas no auiendo llegado a posseer, por auer sido vencida tambien en el juizio de la tenuta, ha de perjudicar necessariamẽte a la dicha doña Francisca Antonia, y a todos los demas descendientes suyos, que deriuan su derecho por la persona de la dicha doña Iuana, ex proximè dictis.

13 Y que concurran en este caso las tres identidades que se requieren para què obste la cosa juzgada, ex *l. cum quæritur cum duabus sequentib. ff. de except. rei iudicat.* se prueba claramẽte, porque de la identidad de la persona no se puede dudar, respeto de que alli litigò la dicha doña Iuana Pacheco, como hija segunda de la dicha Marquesa doña Luisa de Cabrera, y Bobadilla, fundãdose en aquella palabra de la clausula referida, *ò hija en defecto de hijo varon.* Y assi la dicha doña Francisca Antonia, aunque es quarta nieta de la dicha Marquesa doña Luisa de Cabrera y Bobadilla, pretende estàr llamada, y comprehendida en el nõbre de de *hija*, represẽtãdo a la dicha doña Iuana Pacheco su tercera aguela. Y assi viene a ser la dicha doña Francisca Antonia repræsentatiuè la misma persona contra quien se diò la dicha executoria: lo qual es bastante para que se diga, concurrir la identidad de persona, *glos. in l. & an eadem, verbo, Concurrunt, & verb. Personas, ff. de except. rei iudicatæ, & ibi Bart. Angel. in l. cum quæritur, ff. eodem, Lanarius cons. 34. num. 15. Ponte cons. 49. num. 4. & cons. 62. num. 36. Surd. cons. 312. num. 26. Ann. cons. 53. num. 27. & cons. 99. sub nu. 1. Socinus cons. 18. num. 44. vol. 1. Cornaçanus decis. 70. nu. 8. Giurba decis. 20. sub tit. 1. Salgad. dict. p. 4. cap. 8. num. 326. Escobar de puritate, p. 1. q. 17. §. 1. n. 9.* Y por esso in *dict. l. & an eadem*, no se dize, *eadem persona*, sino *eadem conditio personarum.*

14 De la identidad de la cosa tampoco se puede dudar, pues entonces se litigò sobre el mismo mayorazgo que oy se litiga; y la accion, y causa de

pe-

pedir, que es la tercera identidad que se requiere, tãbien es la misma agora que entonces, y tan vna, que no se puede hallar en la dicha doña Francisca Antonia para justificar su pretension ningun fundamento mas, sino muchos menos que los que tuuo la dicha doña Iuana Pacheco.

15 Porque como consta de la executoria, ella se fundaua en dezir, q̃ por la clausula referida, este mayorazgo era incompatible con el de Villena, y Escalona, y que para que no se confundiesse, puesto que la dicha doña Luisa, siendo posseedora dèl, se auia casado con el Marques de Villena, Duque de Escalona, y auia dexado dos hijos, auia llegado el caso de diuidirse en el hijo segundo, y que ella, como tal hija segunda auia de suceder en el, aunque no huuiesse quedado mas que vn hijo varon; a que se replicaua por el Marques D. Francisco su hermano, que la diuision, que por la dicha clausula se manda hazer, era en caso de quedar dos dijos varones. Pero que no auiendo mas q̃ vn hijo varon, en tal caso, por las palabras de la dicha clausula, no solo no estaua excluido, sino expressamente llamado, ibi: *Pero si acaesciere, que la tal muger solamente huuiere vn hijo varon, que el tal hijo aya el dicho mayorazgo*; Y que el llamamiento, que tenia la hija, es en defecto de todo hijo varon, y auiendole, no podia suceder la hembra.

16 Y esto mismo es en lo que oy funda su pretension la dicha doña Francisca Antonia. Y por el Marques se le opone, y replica lo mismo, que su aguelo opuso, y con que venciò a la dicha doña Iuana su hermana. Y assi no se puede dudar, que en este pleito se ha deducido el mismo derecho, y causa de pedir, que se deduxo en el otro, y que por el consiguiẽte, aquella executoria obrò cosa juzgada para lo que oy se trata, pues se viene a refricar, y deducir en este juzio lo mismo, que quedò vencido en el otro, no solo en el possessorio de tenuta, sino en el de la propiedad, *leg. duobus, ff. de excep. rei iudic.* ibi: *Eamdem quaestionem reuocat in iudicium, l. terminato, C. de fructib. & litium expens.* ibi: *Post absolutum dimissumq́ iudicium nefas est, litem alterã consurgere, ex litis primæ materia, l. singulis, ff. de except. rei iudic.* ibi: *Ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maximè si diuersa pronuntiarentur.*

Y en tanto grado tiene lugar esto, que aunque no fuera el pleito, como
17 es, sobre la misma cosa y mayorazgo, sino sobre cosa diuersa, obsta excepcion de cosa juzgada, quando en el segundo juizio se pretende disputar lo mismo, que se disputò, y quedò vencido en el primero, *ex Bart. in l. 2. §. 1. num. 5. ff. de vi bonor. raptor. Alex. in l. 7. num. 84. ff. de re iudicat. Socin. post Castrens. in l. si quis cum totum, §. & generaliter, ff. de except. rei iudicat. Anania, allegat. 8. num. 5. Ant. Gabr. tit. de exceptio. conclus. 1. n. 11. Giurb. decis. 20. n. 5. & cum alijs, Salgad. de retent. bullar. 1. p. c. 12. n. 20. Ruinus cons. 71. n. 4. lib. 5. Corneus cons. 126. column. penul. vol. 4.*

18 Lo mismo procede, quando el pedimento pende, ex eodem fonte, & eadem est origo petitionis, *Ponte cons. 49. num. 3. 8. & 9. & cons. 62. n. 47. & cons. 90. num. 12. Lanarius cons. 65. num. 9. 10 & 11. Giurba, decis. 20. n. 4. Surd. cons. 312. num. 26. in fine per leg. si mater, §. eandem, ff. de excep. rei iudicatæ, Salgad. d. c. 12. n. 22. Castillo, tom. 5. c. 104. n. 28. Abb. Panor. cons. 50 n. 2. & 3. lib. 4.* ibi. *Præterea, & secundo vbicumq;, idem prorsus est fines agẽdi, non potest deduci in secundo iudicio, quod fuit deductum in primo etiam per viã exigendi, &c.* Y como està dicho, la parte cõtraria funda todo su derecho en la misma clausula, y palabras, en q̃ se fundaua la dicha doña Iuana Pacheco, de quien desciende, en tanto grado, que ni puede tener otro fundamento, y quanto mas quisiere huir para librarse de la cosa juzgada, que le obsta de lo que en aquel pleito deduxo, y alegò la dicha doña Iuana, tendra de menos justificacion su pretension, quando en ella pudiera ser oida extante la dicha cosa juzgada.

19 Y por el consiguiente es tan vno mismo el derecho, y fundamẽto, que tiene el Marques, para excluir a la parte contraria, que el q̃ tuuo su aguelo para excluir, y vencer a la dicha doña Iuana, que fuera totalmẽte incõpatible, auer en aquel pleito vencido el dicho su aguelo, y en este salir vẽcido el dicho Marques, porque lo que se alegò en aquel pleito, fue q̃ la diuision deste mayorazgo solo tiene lugar, quando quedan dos hijos varones, en quien diuidirse, pero no quando solo queda vn hijo varon, aunque quede otra hija, y que la hembra nunca puede suceder en competencia, y concurso de varon, sino que su llamamiento se ha de entender en defecto de todo hijo varon absolutamente, y no era possible auer dicho Marques don Francisco vencido a la dicha su hermana, sino es entendiendose la clausula en la dicha conformidad.

20 Y si hallandose oy el Marques varon solo, y en competencia con hẽbra, que aun no tiene las prerogatiuas de linea, y grado, que concurriã entonces en la dicha doña Iuana, se diera sentencia cõtra el dicho Marques, se viniera a determinar, que aunque la competẽcia sea con hembra, debe ser preferida al varon vnico, y que el llamamiẽto de las hembras, no es en defecto de todo varon absolutamẽte, sino en defecto de hijo varõ segũdo, que es exdiametro contrario a lo que entonces se determinò, y por el consiguiente, ni se puede dudar, que obsta a la parte contraria la dicha cosa juzgada, ni se puede admitir su pretension, sino es atropellando todas las reglas de derecho, que hablan en esta materia. *Innocentius in c. fin. de ordin. cognition. Lanarius cons. 34. num. 15. & cons. 65. num. 5. Corneus cons. 126. vol. 4. Surd. dic. cons. 312. num. 8. in fine,* ibi: *At, vbicumque secũdum iudicium venit ad rescissionem eius, quod in primo est determinatũ obstat exceptio rei iudicatæ.* Y para probar esta conclusiõ, y doctrina cierta, prosigue en el

num.

num. 10. ibi *Quod autem exceptio rei iudicatæ obstat hoc modo deducitur; in primo iudicio Trident. & successiue Patauij agitato, Dom. Maximilianus agebat ad hæc bona, eo quod essent fæudalia, & de pertinentijs Castri Lucariæ, & consequenter inclusa in prælegato facto per D. Ioannem Franciscum Patrem, & deprehenditur, ex libello capitulis actis, motiuis, & resolutionibus, & latius deducit excellent. D. Manent Aduocatus causæ, contra verò Dom. Rodulphus dicebat bona esse allodalia, & cõsequẽter diuersæ naturæ a Castro, & loco Lucariæ, ideoque legato non comprehendi, sed diuidẽda esse inter filios cohæredes lata autem fuit sententia per quam dictum est bona hæc esse diuidenda inter ipsos Dominos fratres, hæc sententia virtualiter, & per necessarium antecedẽs determinat bona non esse fæudalia; propterea si nunc denuo cognoscendum esset de fæudalitate, sine dubio rem actam ageremus, & in controuersiam veniret id, quod vsque tũc fuit decissum, & si iudicaretur ea esse fæudalia rescinderetur, quod fuit tũc determinatum, quia ergo præsens iudicium contradicit sentẽtiæ in alio latæ, rei iudicatæ obstat exceptio; quod vt apertius ostendatur ad cõtrariorum resolutionem deueniendum, quibus sublatis res erit, sine difficultate, &c.*

21 Idem comprobat *Capicius Galeota, controuers. 34. nu 40. & 41. vol. 2.* ibi: *Idque comprobatur ratione inconuinciuili, quia quotiescumque sententia ferenda in secundo processu venit ad euacuandam primam taliter, quod data secunda prima non posset subsistere tanquam simul incompatibilis tũc omnino locus est exceptioni rei iudicatæ, Cumanus in dic. l. cũ quæritur, Angel. Bert. Ias. Ripa, Rub. Alex. Socin. Ruin. Cardinal. Ancharr. Paul. & alij, quos ad id expendit, Sesse decis. Aragon. 187. nu. 81. sed sic est, quod si secundũ Philippi pretensionem in hoc nouo iudicio iudicaretur, Ioan. Baptista indignus, vel incapax successione bonorum ad quæ vigore fideicõmissi vocatus fuit necessario iudicaretur, Ioan. Baptistæ fideicõmissi exceptionem non prodesse, ex qua sola ratione, & exceptione vicit in primo iudicio, ergo omnino exceptioni rei iudicatæ locus esse debet, quia exceptio non cõpatitur secum veritate sententiæ, & aliter sentẽtia nõ videtur rectè facta, cap. ex parte 67. de appellatio. l. 1. & 2. C. de ordin. iudicio, & resoluit Barbos. in d. l. diuortio, §. fin. 2. par. post nu. 56. vers. Elegans enim resolutio, Regens de Ponte, dic. cons. 31. num. 5. & 6. in fini, vbi ex l. 1. C. si aduers. rem iudicatã. & glos. Bar. & Castrens. in l. si plures, ff. de fideiussor. & Felin. in cap. cum inter de re iudicata dicit, quod eo ipso, quod aliquid est oppositum & discussum videtur proculdubio iudicatum etiam si in sententia non sint, verba expressa, &c.* Idem tenet cum alijs *Giurba, dic. decis. 20. num. 3.* ibi: *Idemque est si secundum iudicium veniat ad rescissionem eius, quod fuit decissum in primo, &c. Surd. dic. cons. 312. num. 8.*

22 Y no alcançamos, ni parece posible hallar razon alguna de diferencia, entre el derecho, que entõces deduxo en su fauor la dicha doña Iuana Pacheco (y quedò menospreciado, y vẽcido por la dicha executoria ex c.

subor-

ſuborta de re iudicat. vbi Abb.n.9. Anchar. n.5. Felin.n.14. & cæteri ſcribẽtes) y el q̃ agora alega en ſu fauor la dicha doña Franciſca Antonia, y ſi en algo ſe diferẽcia aquel caſo del nueſtro, es, en q̃ la dicha doña Iuana era hija de la vltima poſſeedora, y en linea, y grado era igual cõ el dicho don Frãciſco ſu hermano, y ſola la diferencia, q̃ el hermano le hazia, era en el ſexo, porq̃ ſi la dicha doña Iuana fuera varon, era ſu derecho indubitable, como lo fue en don Franciſco Pacheco ſu hijo ſegundo, quinto Marques de Moya, en competencia de don Iuan Fernãdez Pacheco, hijo primogenito. Pero la dicha doña Franciſca Antonia, no es hija, ni deſcendiẽte del vltimo poſſeedor, ni del dicho don Franciſco Lopez Pacheco, q̃ obtuuo la dicha executoria, ni es igual en linea, y grado con nueſtra parte, ſino q̃ en entrambas coſas, demas de la calidad del ſexo, le haze vẽtajas nueſtra parte, pues ſe halla mucho mas cercano que la parte cõtraria, aſsi reſpeto del fundador, como reſpeto del vltimo poſſeedor, que es al que ſe debe atender, ex veriori doctrina *Couarruu. practicar. cap.38. num.6. Menchaca lib.3. de ſucceſ. creat. §.27. nu.10. Gutierrez, prac. lib.3. q.66. à num.7. Mieres, 2. par. q.7. num.13. & q.8. numer.2. Rota per Farinac. deciſ.681. nu.2. p.2. in recentior. D. Molina, lib.3. cap.9. nu.11. latiſsimè Fuſſar. de ſubſt. q.484. num.14. Antonino Amato, tom.1. reſol.10. num.2. Caſtillo libr.5. cap.93. §.13. num.*8. Y aſsi le aſsiſte la regla para ſer preferido a la dicha doña Franciſca Antonia, vt pro comperto ſupponunt DD. proximè citati; ipſe *Molina lib.3. cap.4. num.*14. ibi: *Secundo conſiderandus eſt gradus, vt qui ſunt poſſeſſori magis coniuncti præferantur remotioribus, Caſtillo dic. cap.93. in principio, numer.*3.

23 Y tambien ſe halla nueſtra parte en mejor linea, porque el dicho don Frãciſco Pacheco, que obtuuo la dicha executoria hizo linea para ſi, y todos ſus deſcendiẽtes, *D. Molin. de primog. lib.3. c.6. n.35. Caſti. c.93. n.7. cũ ſeq.* y de la dicha linea ſõ el vltimo poſſeedor, y el Marques ſu padre, y della ſegũ las reglas ordinarias, no puede ſalir la suceſsiõ, ni paſſar a la linea dela dicha D. Franciſca Antonia (q̃ no ſolo es diuerſa, y de peor calidad, ſino aquella miſma, q̃ quedò excluida por la dicha executoria) *c.1. de natur. ſucceſ. fœud.* ibi: *Ad ſolos, & ad omnes, qui ex illa linea ſunt, ex qua iſte fuit* (id eſt, *in qua iſte fuit*, vt explicat *Iſernia*, ibi: *Balçaran. lib.2. titul.50. num.11. fol. mihi* 321.) *Bal. conſ.200. lib.5. Mieres, p.2. q.6. n.49. D. Molin. lib.3. cap.4. n.14 & cap.6. num.30.31. & 32. & ibi eius* Addit. *Caſtillo, tom.5. cap.91. nu.62. & latius, cap.93. à num.3. cum ſeqq. præcipuè, num.14, Peregrin. conſ.42. n.6 vol.3. Fran. Beccius, conſ.138. num.45. & 46. vol.2. Ramonio conſ. 100. nu.* 483. Surdus conſ.517. num.1.

24 Y aſsi lo diſpuſo tambien el fundador expreſſamente en la clauſula, fol.1.B. ibi: *Y deſpues por eſta regla, è orden, que lo ayan, y heredẽ todos los deſcen-*

cendientes, *EN MANERA, QVE NO TORNE EN NINGVNO DE LOS TRANSVERSALES, AVIENDO HIJOS, O HIJAS LEGITIMOS NATVRALES, E NO INTERPRETATIVOS DEL QVE TVVIERE, E POSSEYERE ESTE DICHO MAYORAZGO*; pues aunque el Marques, no es descendiente del vltimo posseedor, basta serlo del Marques don Francisco, que obtuuo la executoria, respeto del qual, es transversal la parte contraria, vt latè explicat *Castillo, dic. cap. 93. num.* 14.

24 Y si como està dicho, la diferencia que se puede considerar entre la parte contraria, y la dicha doña Iuana Pacheco, de quien desciende, y deriba su derecho, es, en que la dicha doña Iuana era hija de la muger en quiẽ auia peruenido este mayorazgo, y estaua comprehendida en aquellas palabras de la clausula referida, *ò hija en defecto de varon*, tomando la palabra *hija* en su propia significacion, y la parte contraria, no es hija, sino quarta nieta, y que pretende estar comprehẽdida en dicha palabra, no por su propia significacion, sino por interpretaciõ de la ley, *l. iusta interpretatione, ff. de verb. signifi. l. quod si nepotes, ff. de testamentar. tutela, Bart. in l. liberorum, num. 9. ff. de verb. signifi. optime Menoch. cons.* 215. *num.* 12. *&* 13. ibi: *Et ex prædictis illud sequitur, quod cũ appellatione filij nõ veniat nepos, nisi per quadam interpretatione dicitur venire, ex tacito sensu, & intellectu, &c.*

25 Y en que la dicha doña Iuana estaba en la misma linea, y grado que el Marques don Francisco, con quien litigaua, y la parte cõtraria es de peor linea, y grado que el Marques con quien litiga; seria grandissimo absurdo tener esta diferencia por bastãte para excluir la cosa juzgada, de que nos valemos, y el que contra ella pretenda la parte contraria vencer, quando todo lo que podia tener en su fauor, y de que se vale, quedò vencido, y reprobado en aquel pleito, y lo que es diferẽte, y no cõcurria en la dicha doña Iuana, y concurre en la dicha doña Francisca Antonia, es todo contra ella, y por si solo bastante para excluirla.

26 Ni obstarà si se dixere, que auiendo esta parte opuesto la dicha cosa juzgada para no responder à la demanda de tenuta, sin embargo el Cõsejo mandò responder derechamẽte: porque demas de que en el mismo auto se dixo, que fuesse sin perjuyzio de la dicha excepcion; aunque no lo dixera, quedaba reseruada para poder boluer a oponerla en fuerça de perẽptoria, *cap.* 1. *de litis contestat. in* 6. & ibi: *Archidiacon. num.* 3. *in fine, Ioannes Andr. num.* 6. *Franchus num.* 13. *Bart. in l. postquam liti, C. de pactis, & in l.* 1. *&* 2. *ff. de iure iurando, & in l. Prætor, §.* 1. *ff. de damno infecto, Castrens. in l. ait Prætor in principio, ff. de iure iurand. Veroius cons.* 108. *num.* 8. *vol.* 3. *Fulgosius cons.* 173. *Surd. dict. cons.* 312. *num.* 9. *Addẽtes ad Molin. lib.* 1. *cap.* 9. *num.* 40. Donde dizen, que aunque la cosa juzgada que se opone en fuer-

ça de dilatoria, para impedir el litis ingresso, sit in promptu y clara; es estilo, y practica recebida, reseruarse para difinitiua, y del mismo estilo testifica (licet de eo male sentiens) *Carleual. de iudicijs, tom. 2. tit. 2. disput. 5. numer. 17.*

27 De todo lo qual resulta, obstar à la parte contraria la dicha cosa juzgada tan clara y manifiestamente, q̃ si en el caso de que se trata, no tuuiesse lugar, y se diesse para boluer a tratar de los meritos de la causa principal, y de la inteligencia, y interpretaciõ de las clausulas de la fundaciõ, no parece que puede suceder caso alguno en q̃ se puedã aplicar, y practicar las reglas que el derecho dà, para que cõtra la cosa juzgada no se admita nueuo juyzio, por ser no solo en perjuizio de las partes, sino tãbien de la causa publica, *l. seruo inuito, §. cum Prætor, ff. ad Trebel.* ibi: *Etiam Reipublicæ interest restitui propter rerum iudicatarum authoritatem, l. si Prætor in principio, ff. de iudicijs*; nam vt ait *Cicer. in orat. pro P. Silua*; *status Reipublicæ maxime rebus iudicatis continetur, Cassiodorus lib. 1. variar. epistol. 5. in immensum trahi non decet finita litigia; quæ enim dabitur discordantibus pax? si nec legitimis sententijs acquiescitur; vnus enim inter procellas humanas portus instructus est, quem si homines feruida voluntate prætereunt inundosis iurgijs sẽper errabũt, &c.* Y assi la cosa juzgada pro veritate habetur, *l. ingenuũ, ff. de statu homin. l. res iudicata de reg. iur.* & facit de albo nigrum, & de nigro album, *ex Bald. in cap nostri de elect. Iason in l. Iulianus de condit. indeb.* & quo ad effectum conuertit falsa in vera, & naturalia mutat vincula, *Bald. in cap. in præsentia de probat.* & facit ius inter partes, *Alex. cons. 33. column. 2. vol. 6.* & habet pro se præsumptionẽ iuris, & de iure, *Afflictis, decis. 13. num. 18. Rippa in l. qui Romæ, §. duo fratres, nu. 3. de verb. oblig.* latè *Surdus cõs. 435. n. 7. lib. 3. Scaccia de senten. & re iudicata, glos. 14. q. 2. n. 7. Lancel. Gallia cõs. 9. n. 3.* vbi quod est, etiã potẽcior priuilegio, quia de priuilegio facit disputari de re iudicata non potest.

28 Ni parece puede suceder caso en que se puedan aplicar las doctrinas, q̃ quedan alegadas, de q̃ la sentẽcia dada en causa de mayorazgo, obra cosa juzgada para todos, aprouechãdo a aquel en cuyo fauor se diò, y a todos sus descẽdiẽtes, y perjudicãdo a aquel cõtra quiẽ se diò, y a todos los suyos, si en este caso pudiesse la parte cõtraria ser oida sobre loq̃ pretẽde.

Articulo segundo.

29 Con lo que queda dicho en el articulo antecedente, es totalmente superfluo lo q̃ se ha de dezir en este, y el llegar a tratar de la justicia principal: Pero a mayor abundamiento, y sin perjuyzio de la dicha cosa juzgada, se fundara la clara justicia que el Marques tiene para vencer a la dicha

do-

doña Francisca Antonia, y que le assisten todos los fundamentos cō que venciò el Marques don Francisco su aguelo a la dicha doña Iuana Pacheco su hermana, y aun algunos mas; que no concurriã en la persona del dicho don Francisco, ni obstauan a la dicha doña Iuana, como obstan a la parte contraria.

30 Para lo qual supongo por cosa sin disputa, que el Marques, con solo hallarse varon, tiene por si la assistencia, y disposiciō de derecho para ser preferido à la parte contraria: *l. fin.* ibi: *Et marem fœminæ, ff. de fide instrum. l. 2. tit.* 15. *p.* 2. ibi: *E por ende establecierō, que si fijo varon no ouiesse, la hija mayor heredasse el Reyno, Bald. in l. in multis de statu hominum, Petrus de Bellapertica, & Iacobus de Arenis in l. pater filium, §. quim decim de legat. 3. Decius in l. fœminæ, num.* 112. ff. *de regul. iur. D. Couar. lib. 3. var. cap. 5. n. 5. & cum pluribus alijs, D. Molin. lib. 1. cap. 3. num. 8. & lib. 3. cap. 4. num. 4. & num. 5. in fine*, dize, que esto es tan assentado en estos Reynos, que ya es superflua la disputa deste articulo.

31 Y lo mismo esta dispuesto por clausulas repetidas, y geminadas de la fūdaciō, vt *f.* 1. *B.* ibi: *E no auiēdo hijo, ni hijos varones, q̄ puedā auer dicho mayorazgo, &c. Quede, è finq̄ a la hija mayor, &c.* Et ibi: *Precediēdo SIEMPRE el varō a la hēbra.* & f. 2. ibi: *Por manera, q̄ los mayores precedā a los menores, è los varones a las hēbras,* & ibi: *E no auiēdo hermano mayor varō, q̄ lo aya, y herede su hermana,* & ibi: *Por manera, q̄ SIEMPRE preceda el primer grado al segundo* (& vt ait *Molina, lib. 3. cap. 4. nu.* 12. semper fœmina ad instar secundi gradus redigitur masculo existente (& ibi: *E q̄ SIEMPRE se antepōga, è preceda el varō a la hembra, è la linea masculina a la femenina guardando SIEMPRE la orden del nacimiento, è del sexo,* & ibi: *Precediendo el mayor al menor, y el varon a la hembra, y el nieto, ò viznieto al tio,* & f. 3. ibi: *E si fueren dos personas de vn vientre, que preceda el varō a la hembra, assi en este caso, como en todos los otros, que ocurran, ò puedan ocurrir en la sucessiō deste dicho mayorazgo.*

32 Segun lo qual, concurren juntas en el dicho Marques todas las quatro prerogatiuas, de *linea, grado, sexo, y edad*, q̄ assi por la disposiciō de derecho como por la fundacion deste mayorazgo constituyen al Marques en estado, que de ninguna manera puede la parte contraria competir con èl, y teniēdo el Marques en su fauor todas las reglas, para ser preferido, necessita la parte contraria de probar, que sin embargo dellas, tiene ella en el caso de que se trata llamamiento particular; cō exclusiō del Marques, *l. Lucius §. quæsitum,* ff. *de legat.* 3. ibi: *Respondi pertinere, nisi aliud sensisse testatorē probetur, cap. 7. §. & quia vidimus, verb. Hoc autem notandū,* ibi: *Nisi specialiter dictum fuerit, vt ad eas pertineat, qui fœudum dare possunt, cap. 1. §. filia de success. fœudi, Andr. de Isernia in cap. 1. in principio de benefi. fœmin.* & ibi: *Etiam præpositus, & Alex. num. 2.*

33 Y no basta qualquiera probança, sino que ha de ser euidẽtissima, *l. nuptura, ff. de iure dotium*, ibi: *Nisi euidentissime contrarium probetur. l.* 1. *C. de conditionib. insertis*, donde queriẽdo el varõ transversal excluir a la hẽbra descendiente, dize el Emperador, q̃ debe suceder la hẽbra, excluso masculo, *nisi alia defuncti voluntas euidenter probetur.* Y mucho mas euidente probança sera necessaria en nuestro caso, en que la hembra trãsversal, respeto de la linea en que entroncò este mayorazgo, y el ingreso en ella està calificado por la dicha carta executoria; pretende excluir al varon descẽdiente de la dicha linea, *l. libertas, §. fin. ff. de manumis. testamẽto*, ibi: *Nisi aliud sensisse patrem familias manifestissimis rationibus probauerit, l. si plures, ff. de vulgari*, ibi: *Nisi alia forte fuerit mẽs testatoris, quod vix credendum est nisi euidẽter fuerit expressum.* Y por estos textos, y otras muchas doctrinas defiende *el señor Molin. dic. lib.* 3. *cap.* 4. *num.* 32. *cum sequentibus*, que aun para excluir de la sucession à la hembra de mejor linea, y grado, en competencia del varon mas remoto, ha menester el varon euidẽtissimas probãças de la voluntad del fundador, porque el que tiene contra si la presunciõ del derecho, *oneratur durioribus probationibus*; Y porque las reglas ordinarias, por las quales se defiere la sucession, *nõ eliduntur per dubias probationes, seu coniecturas, idẽ docent Speculator, tit. de probatio. §. fin. quem sequitur Ias. in l. sciẽdum, num.* 10. *ff. de verb. oblig. Abb. in cap. quia verisimile de præsumptio. Decius cons.* 175. *&* 177. *Bald. in l. interpositas, notabili vltimo*, *C. de transactio. Hippolytus plures referens singulari* 451. *Ancharra. cons.* 223. *in fin.* vbi dicit, quod qui habet regulam pro se potest dicere alleganti limitationẽ da mihi textum hoc dicentem, *Gutier. de iuram.* 1. *par. cap.* 1. *num.* 64. *& lib.* 3. *prac. q.* 4. *num.* 13. *& q.* 76. *num.* 8. & ad propositum plures allegat *August. Barbos. de axiomatib. iuris, axiomate* 198.

34 Y assi en caso de no ser euidẽte la exclusion del varon por la hembra, se debe siempre determinar en fauor del varon, *cap. vnico de eo qui sibi, & hæredibus suis masculis*, ibi: *Tandẽ pro masculo pronuntiatũ est, l. fin. tit.* 33. *p.* 7. *& ibi Greg. Lop. Bart. in l. vbi iuris iurandi, §. si liberi, num.* 5. *ff. de bonis libertorum.* Vbi, quod dispositio apta de sui natura comprehendere, tã masculos, quam fœminas semper interpretanda est in exclusionem fœminæ, & admissionem masculi, quod latius, tradit *Alex. in l. hæredes mei, §. cũ ita*, ff. *ad Trebel. Aret. & Alex. in l. Gallus, §.* 1. *in fine, ff. de lib. & posth. Ias. in l. si quis id, quod num.* 18. *ff. de iurisdict. omnium iudicum, Alciat. de præsumpt.* 3. *par. præsump.* 132.

35 Y no solo no tiene la parte cõtraria llamamiẽto expresso, especial, y euidẽte, como lo auia menester para exclusiõ del Marques, sino q̃ antes es el Marques, quiẽ tiene llamamiẽto claro, expresso, y literal en las palabras referidas de la dicha fũdaciõ, cõ exclusiõ de la parte cõtraria; Y esto se prueba.

Lo

Lo primero, porq̃ la clausula, en q̃ se funda la parte contraria, relata n. habla solamẽte en el caso de auer llegado alguna muger a suceder en este mayorazgo por falta de varõ, y auerse casado la tal muger cõ persona, que tuuiere otro mayorazgo; Y en tal caso, quiso el fundador; que auiẽdo de aquel matrimonio dos hijos varones, sucediesse el segundo en este mayorazgo; Pero en el caso de auer sucedido en este mayorazgo algũ varõ, aunque este aliunde tuuiesse otros mayorazgos, ò se casasse con muger, q̃ los tuuiesse, no por esso le excluyò de la sucessión, ni ay clausula, q̃ tal diga, ni en que se limiten los llamamientos absolutos, y generales, q̃ en las clausulas antecedentes tienen los varones, cõ prelaciõ de las hẽbras. Y assi no es licito limitarlos, ni restringirlos, estendiendo la clausula en q̃ se funda la parte contraria a caso diferente del que habla, *l. nõ distinguemus*, ff. *de arbitris*, *l. de pretio*, ff. *de publican. in rem. actio. cum vulgarib.*

36 Mayormente, que para lo que dispuso el fundador en el caso de auer sucedido muger en este mayorazgo, pudo fundarse, en que la hẽbra per matrimonium transit in familiam, & generationem viri, & amittit propiã, & efficitur de genere viri, vt *in l. quoties, & ibi Bart. & Ioannes de Platea*, C. *de priuileg. Scholar. lib.* 12. *& in l. mulieres*, C. *de dignitatib. & in l. quicũque*, C. *de re militari eodem lib. Ias. in l.* 1. *in fine*, ff. *de constitutio. Principũ, & in l. cum quædam puella, vbi notant omnes*, ff. *de iurisdict. omn. iudicũ, Tiraquellus ad ll. connubiales, l.* 1. *num.* 34. *Grattus cons.* 67. *num.* 12. *p.* 2. *Corneus cons.* 26. *vol.* 4. *Gozadinus cons.* 34. *num.* 15. *Greg. Lop. in l.* 12. *tit.* 33. *par.* 7. *verbo, El varon.* Y para remediar el daño, de que viniendo su Casa à muger, se perdia luego en casandose su nombre, y memoria, y q̃ haziẽdose el casamiento con hombre que tuuiesse otro Estado, se confundia su Casa con la otra, quiso, q̃ auiendo varones descendientes de aquel matrimonio, sucediesse el varon segundo en este mayorazgo: porque aunque sea por varon descendiente de hembra, se conserua mejor que por la hẽbra el nombre, y memoria del fundador, vt elegãter tenent *Fulgosius cõs.* 85. *num* 3. *Paul. de Castro cons.* 40. *& cons.* 91. *num.* 7. *p.* 2. *Curcius Iunior cons.* 5. *num.* 37. *Laurẽtius de Pala in tract. super statuto, quod extantibus masculis fœmina non succedant, num.* 154. *Socinus in l. Gallus*, §. *nunc de lege, numer.* 4. *in fin. de lib. & posthum. Ias. cons.* 115. *column.* 6. *vol.* 4. *Anton. Rubeus cons.* 47. *Corneus in l.* 1. *colum.* 8. C. *de conditio. insertis, Alex. in l. Gallus*, §. *quidem recte*, ff. *de lib. & posthum.* Pero como en el varon posseedor deste mayorazgo cessaua el dicho perjuizio, pues aunque se casasse cõ muger que tuuiesse otro, no passaua a otra familia, ni generaciõ, sino que siempre conseruaua la suya, no quiso, ni dispuso, que en tal caso dexasse de suceder el hijo mayor varon, aunque huuiesse hija hembra en quien poderse diuidir; y assi la pretension que tiene la parte contraria, y la que tuuo la dicha

doña Iuana Pacheco su tercera aguela, es derechamente cōtraria a la intencion, y fin que tuuo el fundador en la diuision que mādò hazer por la dicha clausula, en caso de auer dos hijos varones, en el qual era disposiciō muy prudēte, *vt in l. Lucius la 2. ff. de hæred. insti. & in l. quoniam, C. de naturalib. liberis.* Y vēdria a ser ineptissima, y cōtra toda buena razon, si para dàr la sucession a vna hēbra, se excluyesse a vn varō, aunq̄ entrābos fuerā iguales en las demas calidades. Para lo qual se debe pōderar mucho, q̄ no tuuo el fundador por incōueniēte, q̄ este mayorazgo se posseyesse, y gozasse juntamēte cō otro temporalmente; porq̄ si quisiera prohibir esto, le fuera muy facil auer mādado, q̄ viniendo este mayorazgo a muger, no se casasse cō persona q̄ tuuiesse otro mayorazgo: y en caso q̄ lo hiziesse, viniesse por el mismo caso este mayorazgo a la hermana menor de la tal muger, ò al siguiente en grado. Lo qual no hizo, antes permitiò, y dispuso en este caso la junta temporal de ambas casas, ibi: *Y esta tal se casare con alguna persona que tuuiere otro mayorazgo, quiero, y mando, que en tal caso, ella, y su marido en su vida tengan, y possean el dicho mayorazgo.*

37 Sin que obste, si se dixere por la parte contraria, que por estas palabras no se permite que este mayorazgo, aunque sea temporalmente se junte cō otro, porque el de la muger està en su persona, y el del marido en la suya, ex doctrina *Bald. in cap. significauit de rescriptis*, donde dize, q̄ si vno se casa con muger que tiene algun Reyno, ò otro señorio, no passa al marido el Reyno, ni la administracion dèl. Y aunque algunos en terminos de derecho comun han seguido esta doctrina, vt refert *Burgos de Paz in proæmio legum Tauri, num. 3. cum sequentibus*, no puede tener lugar extāte lo dispuesto por las leyes del Reyno, vt *in l. 9. tit. 1. p. 2.* donde refiriēdo la ley quatro maneras por donde vno puede ser Rey, dize: *La tercera por casamiēto, esto es, quando alguno casa con dueña que es heredera del Reyno, que maguer èl no venga de linage de Reyes, puedese llamar Rey despues q̄ casare con ella.* Et inferius, ibi: *Onde si lo ganā los Reyes en alguna de las maneras, que de suso diximos, son dichos verdaderamēte Reyes, y deben otro si guardar la pro comunal del su Pueblo mas que la suya.* Y en estas vltimas palabras se prueba, que no solo tiene nombre de Rey el que se casa con Reyna, sino q̄ es verdadero Rey, y señor, y tiene el exercicio, y administracion del tal Reyno, y señorio. Y por la dicha ley tienen lo mismo *Gregor. Lop.* ibi: *Verbo, Llamar*, siguiendo *à Palacios Rubios in tract. de retention. Regni Nauarræ, 5. p. §. 5.* dōde reprueba la opinion de *Baldo in dic. cap. significauit.* Y lo mismo tiene *Burg. de Paz, vbi proximè.* Y en esta cōformidad se ha practicado en estos Reynos, pues desde doña Eluira postrera Condesa de Castilla, y primera Reyna, que casò con don Sancho el mayor, Rey de Nauarra, ha auido cinco herederas destos Reynos hasta la Reyna doña Iuana, que fue la vltima,

y sus

 321

y sus maridos, no siendo Reyes de Castilla, se llamaron Reyes, y administraron, y gouernaron estos Reynos, y como verdaderos Reyes hizierõ leyes, y monedas, como es notorio: y assi antes, y despues de la dicha ley de Partida, no se ha practicado, ni tenido por cierta la dicha doctrina de Baldo, como lo dizen los dichos Doctores. Y quando no huuiera la dicha ley de Partida, bastauã las palabras expressas de la dicha clausula, ibi: *Ella, y su marido en su vida tengan, y possean el dicho mayorazgo.* De manera, que aunque el marido tuuiesse otro mayorazgo por su persona, quiso, y permitiò, que tambien tuuiesse, y posseyesse este, hasta que huuiesse hijos varones en quien diuidirse.

38 Y es tambien digno de ponderacion, que entre las hembras no considerò el fundador prelacion de la segunda contra la primera, para escusar la junta de su mayorazgo cõ otro, sino que antes permitiò, que la mayor se prefiriesse, aunque se casasse cõ persona que tuuiesse otro mayorazgo, y durante su vida huuiessen de andar juntos: porque cõsiderò el dicho fundador, que auiẽdo de venir este mayorazgo a muger, por falta de varon, de la misma manera que se confundia, y perdia su nombre, y familia en la mayor, se confundia, y perdia en la segunda, vt *in l. pronũtiatio, §. familiæ, & in l. familiæ, ff. de verbor. signific. & ex supradictis num.* Y solamente tuuo en este caso el fin, y deseo de sacar varon de la tal muger, en quien pudiesse restaurar su nombre, y memoria, y que auiendo segundo varon, se prefiriesse al primero, y faltando el segundo, lo huuiesse el primero, para sacar varon segundo del, y siempre con exclusion de hembras, vt infra dicemus, y assi no auiendo oy mas varon que el Marques, de quien puede auer varon segundo, en quien con la dicha diuision se conserue la memoria del fundador, como se hizo quando se diuidiò entre los dos hijos varones del dicho D. Francisco Lopez Pacheco, que obtuuo la executoria, ni quiso el testador, ni tal se puede presumir, que con exclusion del varon, q̃ es mas alto para conseguir su fin, y deseo, passasse la sucessiõ a la dicha doña Francisca Antonia, que es de segunda familia, agena por el casamiẽto de la dicha doña Iuana Pacheco con el Conde de Miranda, y ella passara tercera vez a familia estraña con qualquier casamiento que hiziere.

39 Ni obsta el dezir, que por las palabras de la dicha clausula, ibi: *Pero despues de los dias de la tal muger, quiero, y mando, que si huuiere dos hijos varones, que este dicho mayorazgo venga al hijo segundo legitimo, y natural, y à sus descendientes, por la orden, y regla que de suso dicha es en este mi mayorazgo, y no venga, ni pueda venir al hijo mayor, porque aquel aya, y herede el mayorazgo de su Padre, y no se confunda este mayorazgo con el suyo*, quiso el fundador, que auiendo qualquier hijo segundo, aunque no fuesse varon, no pudiesse el primero suceder en este mayorazgo, para euitar la confusion dèl cõ el

otro

otro. Y que assi, verificandose en ella el ser hija segunda de la muger de quien habla la dicha clausula (para lo qual necessita de valerse de la representacion de la dicha doña Iuana su tercera aguela, y ponerse en su lugar) y verificandose en el Marques, ser el hijo mayor, como quiẽ representa al Marques don Francisco, que lo fue de la dicha doña Luisa, de quien hablò la dicha clausula, no ha de poder suceder en este mayorazgo.

40 Porque se responde, q̃ esto mismo, y todo lo demas de que agora se va le la parte cõtraria, se deduxo, y alegò por la dicha D. Iuana, & nihilominus, huuo cõtra ella la dicha cosa juzgada, y assi no se puede boluer a tratar dello, ni valerse destos fundamentos la dicha doña Francisca Antonia por todo lo q̃ queda dicho en el articulo antecedente, y por la doctrina de *Baldo in l. ingenuum, ff. de statu hominum, num.* 17. ibi: *Nec est enim per singula pronuntiandum, sed sufficit semel, cũ generalis sit illa determinatio, est enim sententia fundamenti; vnde vt finis imponatur, non vult lex, idẽ sæpius reuolui.* Y assi nihil amplius quærendum est, quam vtrum iudicatũ sit, vt *in l. si Prætor*, ff. *de iudiciis; ipse Bald. in cap. nihil, num. 9. de electione*, ibi: *Sententia eum, qui non est filius facit filium, & eum, qui nõ est pater facit patrẽ; & vt ita dixerim sententia definitiua est altera natura, quia ius facit, & originẽ creat. l.* 1. *§. fin. cum duabus sequentibus*, ff. *de liber. agnoscend.* ibi: *Siue contra pronũtiauerit, non fore suum, quãuis suus foret, placet enim eius rei iudicẽ ius facere, l. qui Romæ, §. duo fratres*, ff. *de verb. oblig.* ibi: *Et aduersus eũ pronũtiatũ est;* Vbi secundum magis communem opinionẽ, licet male fuerit iudicatum stãdum est declarationi sententiæ circa fideicomissum, vt testatur *Socinus Iunior in dic. §. duo fratres, num.* 87. *& cons.* 128. *num.* 130. *lib.* 1.

41 Y aunque la dicha sentencia, y executoria se diò, litigando solamẽte la dicha D. Iuana, fue Real, y haze cosa juzgada en fauor de todos los demas sucessores, y contra todos los demas descendientes de la dicha D. Iuana, ex adductis sup. num. optimè *Iacobus de Nigris de gradibus successionũ, cap. 7. num.* 4. Vbi pro lata sentẽtia, ex motiuo seu respectu agnationis nõ vincit agnatus, sed ipsamet agnatio tãquã, quid reale cognatis omnibus præiudicat. *Hector Æmilio do iure fœudorum, cap. 26. n.* 10. ibi: *Et sicut in primo agnato repræsentatur totũ ius agnationis, ita in primo cognato masculo tota masculinitas cognatitia agit, vel patitur, vincit vel vincitur, & semel iudicatum ad omnes protenditur*, optimè *Fabius de Anna, cons.* 53. *nu.* 29. *vol.* 1. Robito *cons.* 1. *num.* 33. *Ludouicus Sacca cons.* 86. *num.* 13. *Rosental de fœudis membr.* 1. *cap. 9. conclus.* 27. *nu.* 14. *Peregrinus de fideicommiss. art.* 53. *n.* 46. *Faber. in suo, Cod. lib. 7. tit.* 19. *difinitio.* 4. *&* 5. *D. Valenç. cons.* 69. *ex n.* 203. Y assi en la dicha executoria venciò la calidad de varõ en fauor de todos los varones descendientes del dicho Marques don Francisco, y quedò vẽcida la calidad de hembra, contra todos los descendiẽtes de la dicha doña

Iuana

Iuana Pacheco, sin que se pueda boluer a disputar de lo que oy alega en su fauor la parte contraria, sino atropellandose vn principio de derecho tan assentado, y quitãdo del derecho los titulos, *ff. & C. de re iud. & de exceptione rei indicatæ.* Y todas las demas leyes, que prohibẽ boluerse a deducir en juizio, ni a determinar lo que esta deducido, y determinado por sentẽcia passada en cosa juzgada.

42 Lo segũdo, que por las dichas palabras, ni està excluido el Marques, ni llamada la parte contraria, para lo qual se debe suponer, q̃ todas las palabras referidas hazen vna disposicion indiuidua, tal q̃ ninguna parte de por si, quitada de su todo haze oracion, ni diuision perfecta, de que resulta ser vna disposicion indiuidua, y que de toda ella junta se ha de sacar la voluntad del fundador, *vt in l. in executione, §. pro parte cum vulgaribus, ff. de ver. oblig. l. Mæuia* 44. ff. *de manumis. testam.* ibi: *Neque contextũ verborũ totius scripturæ*, y q̃ aquellas palabras: *Y no vẽga, ni pueda venir al hijo mayor*, no se pueden separar de las demas q̃ se siguen, porque no hazen diuersa oraciõ, y solamẽte siruen de explicar la razõ de lo dispuesto entre los dichos dos varones. Y asi no son dos disposiciones diuersas, sino vna sola indiuidua cõ su razon, porq̃ la razõ de la disposicion, no es cosa apartada, ni distinta, sino vna misma cõ la disposicion, vt notat *glos. in l. 2. ver. Rationem, C. quæ sit longa consuetudo, l. cum tale, §. penultim.* ff. *de condit. & demonstr. l. credendum in princip.* ff. *qui petant. tutores*, cum latè adductis per *Tiraquell. in tract. cessante causa, par.* 1. *num.* 135. *cum sequentibus.*

43 Y todas las dichas palabras son cõdicionales, y depẽdientes de aquella cõdicion puesta al principio de la clausula, ibi: *Si huuiere dos hijos varones*, las quales no es dudable, q̃ hazen toda la oracion, y disposicion condicional, asi por la calidad ordinaria de aquella dicciõ *si*, vt in *l. 1. & ibi DD. de conditio. & demonstr. l. quibus diebus, §. quidam Titio*, ff. *eodem, l. 1. §. si quis*, ff. *de verb. oblig. Ias. in l. Extraneus, n. 4. de hæred. inst.* & cum pluribus alijs, *latè August. Barbos. de dictionibus, dict.* 364. Como porque las dichas palabras tienen relaciõ in futurum, & habent se ad esse, & ad non esse, vt magistraliter docet *Bart.* quẽ cæteri scribentes sequntur *in dic. l. 1. in principio de condit. & demonstr. Bal. in rubr. C. de institutio. & substitutio. Ias. & Decius in l. cum ad præsens*, ff. *si cert. petatur, Socinus in rubric. de conditio. & demonstrat. l. 2. tit. 4. p. 6.* ibi: *Aquella es condicion propiamente, q̃ se haze por palabras del tiempo, que es por venir, porq̃ es dudosa si se cumplirà, ò non*; y asi es cosa clara, q̃ aquellas palabras: *Pero despues de los dias de la tal muger, quiero, è mando, que si huuiere dos hijos varones*, son condicionales, porq̃ disponen en tiempo futuro, y en caso q̃ podia ser, ò no ser, auiẽdo dos hijos varones, ò no los auiendo.

44 Y esto se confirma, porq̃ no solo vsò el fundador de la dicha diccion,

si,sino tābien de la palabra,*huuiere*,que es verbo de futuro, de cuya naturaleza,no solo es importar propia,y verdadera condiciō,*l.Stichū qui meus erit,ff.de legat.* 1.*l.nuper,l.ea tamen adiectio,ff.de legatis* 3.sino que tambien obra,que la tal condicion sea taxatiua,y limite,y restrinja la disposicion a solo el caso de auer dos varones,y que no se pueda verificar en otro,vt singulariter probat *text.licet vulgaris in l.cum certus,ff. de vino tritico, & oleo legato*,ibi:*Et quasi taxationis vicem obtinere hæc verba, quod natum erit*, notat *Cumanus in l.seruos,ff.de legatis* 3. Y asi no estando en el caso de auer dos hijos varones, ni tiene llamamiento el segundo, ni tiene lugar la exclusion del primero.

45 No obstarà si se dixere, q̄ la dicha diccion *si*, no siempre induce condicion,sino solamente proposicion del caso de q̄ se quiere tratar,ex *l.si hæredes,ff.de legat.* 1.*& l.si pater,ff.de suis,& legitim.* y por la costumbre de hablar del mismo fundador en otras clausulas de la fundaciō,vt ibi:*Y si fuerē dos personas de vn vientre.*Et ibi:*Si ganare alguna legitimacion.*Et ibi: *Si huuiere algun hijo natural.*Por las quales palabras no se induce condiciō,sino sola proposicion del hecho,y caso de que se pretende tratar.

46 Porque se responde.Lo primero,que el ser condicional esta disposiciō en el caso de los dichos dos varones,no se funda solamēte en la dicha diccion,*si*,sino tābien,en que la disposicion fuit collata in futurum euentum habentem se adesse, vel non esse,vt declarat *Bart.in dic.l.* 1.*nu.*24.*de conditio.& demonstrat.*vbi docet,que aūque algunas dicciones, ò palabras ex sua natura no induzgan condicion,pero si se ponen en disposiciō de futuro,cuyo sucesso sea ambiguo,è incierto,la disposicion serà cōdicional, y al contrario,si las palabras que de su propio sentido hazen cōdicion,se ponen en oracion de preterito,ò de presente, la disposicion no serà cōdicional,quæ doctrina probatur *in l.*2.*de hæred.insti.secundum eumdem Bart.& Dinum ibi*,& eam sequuntur *Ias.Socinus,& Rippa in dict.l.stichū qui meus erit de leg.* 1.Conforme a lo qual,en el caso en que estamos, la disposicion de la dicha clausula escondicional,no solo por aquella diccion,*si*,q̄ por su naturaleza ordinariamente induce condicion, sino porque el caso propuesto por el fundador se refiere a euento futuro,y contingente,de ser,ò no ser,segun la doctrina de *Bartul.* y los demas referidos.

47 Lo segundo,porque el fundador en dicha clausula vsò dos vezes de la dicha dicciō,*si*,vna en su principio,ibi:*Ordeno,y mando,que si acaesciere.* Y otra,ibi:*Que despues de los dias de la tal muger, si huuiere dos hijos varones, &c.*En el qual caso no es dudable,q̄ aunq̄ la primera dicciō,*si*,pudiesse seruir de proposiciō del caso,sobre el qual queria proueer el fundador;es impossible que la segunda diccion,*si*,puesta despues de la dicha proposicion, dexe de hazer cōdicional la disposiciō para solo el caso de auer dos varo-

nes,

nes,como se prueua claramēte de las dichas palabras,y se confirma por el texto formal para el caso,*in l.si ita,ff.quando dies legati cedat*,ibi: *Si ita esset liberis fideicommissum relictum,si morte patris sui iuris essent effecti,&c.* Con el qual texto,aunque en la proposicion del caso, y para solo proponerlo vsò de la dicha diccion,*si*.Pero quando despues la buelue segunda vez a poner,no sirue de solo proposicion la dicha diccion,*si*, sino de propia, y verdadera condicion,mediāte la qual se suspende el efecto de la disposicion,y no se debe el fideicommisso en el caso de aquella ley, antes de ser cumplida la dicha condicion,vt ibi docent *Bart.& communiter DD*.y assi no se puede negar,que las palabras de la dicha clausula,y todo lo que en ella se dize,y prouee en exclusion del varon mayor,se ha de entender, y entiende estar proueido, y dispuesto debaxo de la condicion, si huuiere varon segundo,y no de otra manera.

48 Lo tercero,porque quando la dicha diccion, *si*, estuuiera puesta para solo proponer el caso,y no para hazer condicional la disposicion,tampoco pudiera tener lugar,sino es cumpliendose, y verificandose el caso propuesto,de *auer dos hijos varones*,ex reg.vulgari,quod quando vnum supponitur,& aliud disponitur necesse est,vt præsupositum verificetur, para que la disposicion tenga lugar,*glos.in l.mancipia,verbo,Auocandum, C. de seruis fugitiuis,quam summe cōmendant,Fulgosius,& Paulo de Castro,ibi Socinus in l.* 1.*§.qui quadriginta,num.*3.*ff.ad Trebell.Felinus in cap.accedētes, num.*3.*de præscriptio.& cap.nonnulli,num.*34.*de rescriptis, Alciatus consil.* 560.*numer.*7.para lo qual *est optimus text.in l.qui testamento, §. mulier,ff. de testament*. Y assi de qualquiera manera que se quiera entender la dicha palabra,no puede tener lugar aquella exclusiō del hijo mayor, sino es en el caso de auer dos hijos varones,para que en el segundo se haga la diuision,y no de otra manera.

49 De que resulta, que aunque la parte contraria fuera hembra de igual linea,y grado que el Marques,y fuera hija de la muger posseedora deste mayorazgo,de quien habla la dicha clausula,como lo era la dicha doña Iuana Pacheco, que fue vencida, no podia dezir, que con su persona se auia cumplido la dicha condicion,ò presupuesto de auer dos hijos varones:porque quando se ponen en condicion hijos varones, es necessario, que los aya, y faltando, aunque aya muchas hembras, no se dize auerse cumplido la dicha condicion, ex celebri doctrina *Bartol.* quam omnes communiter sequuntur *in l.cum auus,n.4.ff.de conditio.& demonstr.Bald. Paul.& Corneus in l.*1*.C.de conditio insertis,Immola in l.si ita scriptum, numer.*4*.ff.de legat.*2*.Socinus in dic.l.cum auus*,vbi dicit opinionem Bartol.in iudicando amplectendā esse,& non inuenisse ab aliquo reprobatā,*Decius in l.*2*.nu.*97 *ff.de reg.iuris,Cæpola in l.*1*.art.vltimo de verb.signi. Hostiens.*

in

in cap. Reynaldus, column. 3. in principio de testamentis, & ibi Ioannes Andr. & Cardinalis, notabili 2. Paul. de Castr. cons. 33. vol. 1. Parisius cons. 87. numer. 33. vol. 2. Gozadinus cons. 87. num. 16. Siluanus cons. 1. à num. 4. Vldaricus cons. 8. nu. 33. D. Molina qui plures alios allegat, lib. 3. cap. 5. à nu. 30. Y para el punto de que se trata, nadie ha dudado desta conclusion: y assi siendo la exclusion del hijo mayor hecha debaxo del presupuesto, y condicion de auer hijo varon segundo, no puede tener lugar faltando la dicha condicion, *l. fin. §. Titius, ff. de vulgari, l. legata sub conditione de conditio. & demonstratio. l. si ea lege, C. de conditio. insertis, l. vnica, § sin autem sub conditione, C. de caducis tollendis cum pluribus alijs adductis per Decium cõs. 377. num. 1. Craueta cons. 1. num. 3. Parisius cons. 19. n. 145. vol. 2. latè Castillo, tom. 6. cap. 119. n. 5. cum sequentib. Lancellotus Gallia cons. 13. à n. 16.*

50 De que resulta, que no auiendo varon segundo en quien verificarse la dicha condicion, no solo no està excluido el primero, sino admitido, y llamado expressamente, con prelacion a qualquiera hembra, como consta de las clausulas supra relatas, y de las de la misma clausula de que vamos hablando, ibi: *Pero si acaesciere que la tal muger solamente ouiere vn hijo varon, que el tal hijo aya el dicho mayorazgo, &c.* ex vulgari axiomate, quod ademptum sub conditione ea deficiente videtur concessum, *l. si legatum pure, ff. de adimendis legati, l. aliquando de conditio. & demonstr. l. vbi purè, ff. quando dies legati cedat, l. si pecuniam. ff. si cert. petatur.* Y aquellas palabras: *Si ouiere dos hijos varones, lo aya el segundo*, no solo inducen disposicion afirmatiua, para que auiendo dos varones, lo aya el segundo, sino que tã bien inducen disposicion negatiua, para que no auiendo segundo, lo aya el primero, ex textu singulari *in l. quibus diebus, §. quidam Titio de conditio. & demonstratio.* ibi: *Quia nihil inter sit vtrum ita scribatur quas pecunias cuique legaui, eas hæres meus si mater mea moritur, dato an ita, nisi mater mea moriatur, ne dato, vtrobique enim sub conditione datum, vel ademptum esse legatum, Labeonis responsum probo.* Y assi la dicha condicion de auer dos varones, de la misma manera que obra diuision de los mayorazgos, auiendo varon segundo, obra in sensu negatiuo, que faltando varon segundo, quede el mayor con ambos mayorazgos; y esto segundo procede de la misma voluntad del fundador, tanto como lo primero, vt expressè docet *Bart. in dic. l. si legatum purè in solutione ad secundum contrarium, ff. de adimendis legatis.*

51 A que se añade, que aquellas palabras: *Y no venga, ni pueda venir al hijo mayor*, se refieren a hijo, que tenga la calidad de mayor, la qual no se puede verificar donde no ay menor, quia maior, & minor sunt correlatiua, *l. fin. C. de indicta viduitate tollenda*, y por el consiguiente, no auiendo varon menor, no se puede dezir, estar excluido el mayor, ni que por las di-

chas

chas palabras quedaron alterados, ni reuocados los llamamientos, que en todas las clausulas antecedentes se diò al hijo mayor, con prelacion al hijo segundo y à todas las hembras de igual grado y solamente tiene lugar la dicha mudança de voluntad, y exclusiõ del hijo mayor en el caso limitado, de que habla la dicha clausula, nempè, quando vaca el mayorazgo por muger, que se casò con quiẽ tenia otro, y dexa dos hijos varones, y el caso en que estamos es muy diferente, assi respecto de la persona por quiẽ ha sucedido esta vacante, como porque no ay dos hijos varones, en quien se pueda hazer dicha diuision. Y assi no hallandose el hijo mayor excluido, sino por el hijo varon segundo de la tal muger; quedan en su fuerça los llamamientos, y prerrogatiuas q̃ en las clausulas antecedẽtes se le da: *l. præcipimus, C. de appellatio. l. alumnæ. §. qui filias, ff. de adimendis legatis*, ibi: *Non à tota voluntate recessisse videri, sed in his tantum rebus quas reformasset, l. ab omnibus in principio, ff. de legat.* 1.

52 Y siendo la exclusion del hijo mayor por el segundo, correctoria de la disposicion precedente, no se puede estender de vn caso a otro, ni de vna persona a otra, etiam ex identitate, vel maioritate rationis, *auth. quas actiones, & ibi glos. & Ias. n. 21. & cæteri DD. C. de sacrosanct. Ecclesijs, l. tam his, §. 1. ff. de donatio. causa mortis, & melius in auth. de administr. officia, §. fin. collat.* 3. ibi: *Quoniam dum nihil omnino super istis innouatum sit antiquã seruamus figuram, sicut etiã in alijs omnibus nõ innouatis antiqua ministeria manere in semetipsis disposuimus nulla nouitate facienda, &c.*

53 Imò, quando sucediò el caso en que habla la dicha clausula, de vacar por muerte de muger posseedora deste mayorazgo, casada con quien tenia otro, aunque dexò dos hijos, se executoriò, no deberse hazer la dicha diuision por no ser entrambos varones, y porque si el fundador huuiera querido hazer diuision de las Casas entre qualesquier hijos, y descendientes de la tal muger, no huuiera vsado de la palabra, *varones*, y sin poner en condicion los dichos dos varones, y con mucho menos palabras podia mandar, que en qualesquier hijos, ò hijas descendientes de la tal muger, se apartassen, y diuidiessen los mayorazgos; pero como su intenciõ, y voluntad, fue, no hazer el dicho apartamiento, sino en hijo varon, vsò y repitiò la palabra, *varones* tres, ò quatro vezes en dicha clausula, prefiriendo entre los varones al segundo, y llamando a falta del segũdo, al varon vnico, excluyendo en todos estos casos a las hembras, a las quales no llamò sino a falta, y en defecto de todo varon, y aun entre las hembras, prefiriò las que procediessen de varon.

54 Ni obstarà si se dixere, q̃ en el llamamiẽto del hijo segũdo, q̃ se haze en dicha clausula, ibi: *Venga al hijo segundo legitimo natural, y a sus descendientes*, no està repetida la calidad de varon, y que assi està comprehendi-

da

da la hembra: Porque se responde,que esta interpretacion es contra las palabras expressas de la dicha clausula,pues en las antecedentes immediatas se dize: *Que si huuiere dos hijos varones,venga este mi mayorazgo al hijo segundo*,y aquella palabra,*segundo*,se rige,y depende de las antecedẽtes, *dos varones*,y todas estàn puestas en vna oracion continuada , y no pudo el fundador vsar de mas propios terminos para significar,que hablaua de segundo varon,que llamar al segundo de los dichos dos varones, sin que fuesse necessario repetir la calidad de varon:porque si el segundo a quien llama,es vno de aquellos dos,es preciso que se entienda de segundo varon,pues como està dicho,los dos hijos puestos en condicion eran varones.*Si huuiere dos hijos varones.* Y la condicion induze forma:*l.Prætor edixit.ff.de collatio.bonor.auth.matri,& auiæ,& ibi Bald.C.quando mulier tutellæ officio,& latè Alex.in l.2.ff.de liberis,& posthumis*,y es indiuidua:*l.cui fundus in fine,& ibi Bart.in secundo notabili de conditio.& demostr.idẽ Bart. in l.2.§.ex his,& in l.4.§.Cato,opositione 8.ff.de verb.oblig.* Y se ha de guardar in forma especifica:*l.qui hæredi,l.mæuius de condit.& demonstr.* latè*Castill.tom.6.c.118.à n.9.* Y no se vẽdria à guardar in forma especifica la dicha cõdiciõ,*si huuiere dos hijos varones*,sino en forma muy diuersa,y cõtraria a derecho,y a la volũtad expressa del dicho fundador, si se huuiesse de verificar en hembra.

55 A que se añade,que quando la calidad de varon se pone en el principio de vna oracion,se entiende repetida en todas las partes de la misma oracion,vt declarat *Abb.dict.cons.36.quem sequitur Gozadinus cons.45. in principio,Cumanus cons.127.Guido Papa q.48.Decius cons.495.numer. 10.volum.4.Ias.cons.137.num.12.vol.4.idem Iass.in l.Centurio , num.59. ff.de vulgari,Zasius cum pluribus cons.3.num.55.lib.1.& est communis opinio,secundum Peralta in l.Titia,cum testamento,§.Lucius Titius el 2.num. 6.de legat.2.& facit Doctrina Bartoli in l.in repetendis de legat.3.& in l.qui filiabus in principio,& in l.si seruus plurium,§.fin.de legat.1.* Y la razon es, porque la palabra,*simpliciter*,puesta en vna parte de la disposicion, se declara por las demas,puestas en la misma disposicion:*l.vtrum,& ibi Bart. Bald.& Angel.de petitio.hæreditatis,l.qui non militabat,§.1.& ibi Bald.& Angel.ff.de hæred.inst.l.quemadmodum,& ibi Bart.ff.ad leg.Aquiliam,cap. secundo requiris,& ibi Bald.de appellatio.* Y la misma doctrina enseña *Baldo cons.267.lib.1.Francisco Curtio cons.48. Aretin. cons.37. Corneus cons. 182.vol.3.Socinus cons.43.* Y procede sin disputa,ni contradicion,quando està todo en vna misma oracion,y substitucion,porque en lo que ay controuersia es,quando sumus in diuersis orationibus,& clausulis , & in diuersis substitutionibus.

56 A que se añade,que aunque en la dicha condicion,*si huuiere dos hijos*

varo-

varones,no huuiera expressadolos con la dicha calidad de *varones*,y solamente huuiera dicho,si huuiere dos hijos, se auia de entender de hijos varones: porque aunque regularmente en esta materia con el nombre de *hijos*,se comprehenden las hijas,no tiene esto lugar, quando el testador discretiuè,y separadamente hablò de hijos,y despues de hijas, *Bald.in l. in multis,ff.de statu hominum,& conf.*186.*vol.*1.*Decius in l.fœminæ, num.* 99.*de regul.iuris,Ruin.conf.*22.*num.*3.*vol.*3.*Iaf.in l.si quis id quod in principio,n.*13.*ff.de iurisd.omn.iudicũ,Signorolus conf.*173.*n.*12. *Capola in l.*1. *n.*14.*de verb.signific.& cũ pluribus Siluanus cõf.*2.*n.*12.*vol.* 1.*Tiraquellus de retract.lignagier,* §.1.*glof.*9.*num.*197.*Thesaur.decif.*188.*n.*16.*D. Molin.lib.*3.*cap.*5.*num.*55.*& cum pluribus Fussarius de substitutio.q.* 311.*nu.* 37.*Gratianus discept.cap.*621.*num.*18.*Rota Romana decif.* 324.*num.fin. part.diuersorum, Augustin.Barbos.de appellat. verbo. appellat.*99.*num.*92.

57 Y mirandose toda la dicha fundacion,se hallarà,que el testador vsò distinta, y separadamente destos terminos,vsando de la palabra,*hijos*,quã do quiso significar varones,y de la palabra,*hijas*, quando quiso significar hembras,como particularmente se vè en la clausula,*fol.*2.*B.*ibi:*Y dexare hijos,ò hijas,ò nietos,ò viznietos legitimos,quiero,y es mi voluntad, que aya el dicho mayorazgo antes el hijo que la hija,è antes el nieto que la nieta, aunq̃ los varones sean menores en edad*. De manera,que aqui llamò varones a los que antes auia llamado simplemente hijos,por auer hablado distintamẽte de los hijos,y separadamente de las hijas. Y lo mismo hallamos en la clausula de que vamos hablando,pues quando quiso el fundador hazer mencion de hembra,lo expressò,ibi:*O hija en defecto de varon*. Y assi se conoce claramente,que aunque en la dicha condicion,*si huuiere dos hijos varones*,no se huuiera expressado la calidad de masculinidad,se auia de entẽder de hijos varones,y que el segundo que quiso fuesse preferido al primero,huuiesse de ser precisamente varon.

58 Tampoco obstarà si se dixere,que por la dicha clausula,ibi:*Venga al hijo segundo legitimo natural,y a sus descendientes*;en aquella palabra,*descendientes*,estàn comprehendidas las hembras, en tanto grado,que la hija,ò qualquiera hembra descendiente del hijo segundo se auia de preferir al hijo mayor, y que assi lo mismo se ha entender de qualquiera hembra descendiente de la muger de quien habla la dicha clausula.

59 Porque se responde, que en la hija del hijo segundo se considera el derecho, y representacion de su padre,que si viuiera auia de excluir al primogenito: y por esta razon tambiẽ ella le excluyera,vt *in l.*2.*tit.*15.*par.* 2.*& in* l.40.*Tauri*. Pero la parte contraria,ni las demas hembras, ni varones descendientes de la dicha doña Iuana,no tienen varon alguno que representar,imò entre ellas,y la hembra descendiente del hijo segundo

ay mucha diferencia;porque la parte contraria es descendiente per fœmineum sexum,pero la hija del hijo segundo, per sexum virilè, vt dicit *Gloss. in l. Gallus, §. nunc de lege, Velleia. quam ibi sequuntur Bart. Bald. Paul. Alex. & Iass & Claudius de Seisel, num. 12. Marius Salmonius ibidẽ, Alex. cons. 24. num. 10. vol. 5. Socinus cons. 51. à num. 4. lib. 1. & cons. 1. num. 18. vol. 2. Marsilis singulari 33. Gozadinus cõs. 87. num. 7. Parisius cons. 51. numer. 12. vol. 2. & cons. 47. n. 41. vol. 3. vbi plura adducit, D. Couar. in cap. Raynaldus num. 13. de testamentis, Peralta in l. cum ita legatur, §. in fideicommisso, num. 18. ff. de legat. 2.* Y para el punto en que hablamos,no tiene esto controuersia: porque la que ay entre los Doctores,solo es,sobre si quando estan llamados los descendientes per lineam masculinam, se entiende llamada la hembra agnata,de quo nunc non agitur; porque solo tratamos de hallar la razon que pudo tener el fundador para llamar a las hijas del hijo segundo,en quien quiso se diuidiesse el mayorazgo en competencia del hijo mayor,y no querer que se hiziesse esta diuision,aunq̃ quedasse hija,ò otra hembra descendiente de la muger de quien habla la dicha clausula,y otras muchas razones de diferencia entre la vna hembra, y la otra consideran *Curcius Senior cons. 63. num. 14. Casaneus cons. 8. numer. 12. Ruinus cons. 143. num. 8. vol. 2.*

60 Y en otras materias,y casos consideran los Doctores diferencia entre la hija del hijo,y las demas hembras,vt in statuto;quod filius masculus excludat sororem,si talis filius masculus decedat relicta filia,talis filia excludit amittam sororem patris sui,vt tenent *Cinus in l. 1. C. de adulterijs, Socinus cons. 153. num. 20. vol. 2. Corneus in l. 2. C. de iure deliberandi, Albertus Brunus de statutis, 2. part. quæst. 102.* vbi quod si statuto cauetur, quod stante filio masculo non succedat filia,sed debeat dotari,& filius masculus decedat relicta filia antequam sororem dotauerit, quod talis neptis excluderet amittam sororem patris sui,quia succedit in ius,& habet eandem prælationem quam pater habebat,sequitur *Socinus cons. 67. numer. 19. lib. 4. Tiraquellus de primogen. quæst. 14. num. 8. Capicius cum pluribus decis. 21. Riminald. cons. 224. num. 31.* & in statuto excludente filiam dotatam à succesione,quod non censeatur exclusa neptis ex filio masculo,tenet *Angel. in l. de quibus, ff. de legibus, quem sequitur Greg. Lop. in l. 3. titul. 13. part. 6. verbo, Mugeres, colum. 2.* Y en la sucesion de los mayorazgos neptis ex filio masculo excludit amittam sororem patris sui, & etiam alios descendentes masculos, *Palacios Rubios, in rubr. de donatio. inter §. 69. vers. Lex etiam Regni, num. 26. Tiraquellus de primogenis, d. q. 14. Paul. de Castro, cons. 164. in causa Hispalens.* Y oy es indubitable, ex *dic. l. 2. tit. 14. par. 2.* De que resulta,que aunque por las palabras de la dicha clausula huuiesse dispuesto el fũdador,q̃ en caso de auer dos hijos varones,se diuidies-

se

se el mayorazgo en el hijo varon segundo, y en todos sus descendientes, aunque fuessen hembras, no se puede inferir, que quisiesse lo mismo en caso de no auer quedado dos hijos varones, que diessen principio a la dicha diuision, sino hembra, y descendientes della, como lo es la parte contraria.

61 Tampoco obstarà si se dixere, q̃ por aquellas palabras de la clausula: *y no venga, ni pueda venir al hijo mayor*, està prohibido de suceder perpetuamente el hijo varon, aunque sea vnico, porque demas de que como hemos dicho, las dichas palabras, y todas las demas, que della se ponderan, hablan en caso diferente del que estamos, y que solamente pudieran tener alguna apariencia en el caso que sucediò enel pleito de dicha executoria, quando estuuieramos en èl, tampoco podian obstar a nuestra pretension, porque aquella prohibicion hecha contra el hijo varon mayor, no fue pura, ni perpetua, sino condicional, y temporal, y debaxo de aquella condicion, *si huuiesse dos hijos varones*, y assi cessa la prohibicion, no auiẽdolos, y queda en su fuerça el llamamiento que el hijo varon tiene en las clausulas antecedentes, con prelacion a todos, assi varones, como hẽbras, *l. si deportati seruo in principio, ff. de legat. 3. l. intercedit, ff. de conditio. & demonstr. l. in tempus, ff. de hared. instituend. l. 1. C. eodem*, vbi optime, *Ias. cap. vnico de eo qui sibi, & haredibus suis masculis*, vbi expressè probatur, quod deficiente persona excludente, necessario deficit exclusio, *Tiraq. de primog. q. 53. num. 36. per text. in l. alteri, & in l. filio, §. matri, ff. de adimend. legat.* Y la dicha prohibicion fue del hijo mayor, que tuuiesse la calidad de *mayor* entre los varones, y esta no se halla, quando no ay mas que vno, *vt diximus supra.* Y quando la prohibicion de suceder es del que tiene alguna calidad, si esta le falta, non censetur exclusus, sed admissus, vt docent *Bart. in l. 2. §. fin. ff. ad Tertulianum, & in l. liberorum, column. 5 de verb. significa. Bald. in l. maximum vitium, C. de liber. praeteritis.* Lo qual se confirma, porque assi como en las clausulas antecedentes, y en todos los demas casos, fuera del q̃ habla la dicha clausula (en el qual no estamos, vt toties dictum est) esta dispuesto, que auiendo varon mayor, no pueda suceder el segundo; y sin embargo desta prohibicion, faltando el mayor, se entiende estàr llamado el segundo; de la misma manera, aunque en el caso particular de la dicha clausula, se prohibe, que auiendo varon segundo, no suceda el mayor, se ha de entender, que no auiendo varon segundo, aya de suceder el primero.

62 Ni se puede hazer fundamento, en que la dicha prohibicion, sit per verba negatiua: *Y no venga, ni pueda venir al mayor*, y que quando la negatiua precede al verbo, *Pueda*, parece se quita del todo al hijo mayor la potencia de suceder. Porque esto se pudiera solamente ponderar, quando

do la negatiua se pone en disposicion pura, y absoluta, pero no quando se pone en disposicion condicional, como alli se puso, porque entonces, faltando la condicion, falta el efecto de la prohibicion, quamvis negatiua præcedad, verbo, *Potest, cap. Beneficium, & ibi DD. de reg. iur. in 6. l. Gallus in principio de liberis, & posthum. & expressè probatur in l. 9. Tauri.* Donde en la misma conformidad con negatiua, que precede al dicho verbo, se dispone, que los hijos ilegitimos, aunque sean naturales, *no pueden heredar a sus madres*, teniendo hijos, ò descendientes legitimos, y sin embargo, como aquella prohibicion, es en caso, y debaxo de la condicion de auer hijos legitimos, suceden a las madres, no auiendolos; Y lo mismo se prueba in *l. 10. Tauri*, donde se prohibe, que teniendo hijos legitimos el padre, *no pueda* dexar a su hijo natural mas que la quinta parte de sus bienes; y sin embargo si no ay hijos legitimos, puede dexarselos todos; Y en la *l. 54. & 55. Tauri*, se dispone, que la muger casada, sin licencia del marido, *no pueda* hazer contrato alguno. Y sin embargo en las leyes siguiẽtes, præcipuè *in l. 59.* se le permite, que en ciertos casos, y en cierta forma lo pueda hazer sin la dicha licencia; Luego, aunque al hijo mayor se le prohibe, que *no pueda* suceder en el mayorazgo, si en el caso de aquella clausula huuiere dos hijos varones, podrà suceder, no auiendo varon segundo, que le excluya.

63 Tampoco obstarà si se dixere, que la razon de prohibir al hijo mayor de suceder en el mayorazgo, fue, *porque aquel aya, y herede el mayorazgo de su padre, y no se confunda este dicho mi mayorazgo con el suyo.* Y que esta razon es mas general que lo dispuesto. Y que no solo milita en el caso en que hablò, de auer dos varones, sino tambien en el caso de auer varon, y hembra, pues sucediendo ella en el mayorazgo, se euita la dicha confusion, y que asi se ha de hazer extension del vn caso al otro.

64 Porque se responde. Lo primero, que no siempre es cierto, q̃ quãdo la razon es mas general, que la disposicion se ha de estender de vn caso a otro, antes bien es muy ordinario, que la generalidad de la razon, se restrinja al caso, y terminos de la disposicion, vt *in l. de eo, §. sæpius, vers. Si quis, ex vobis iuncta glos. verb. Verius est, ff. ad exhibendum, glos. in §. cum ex aliena, verb. Vel spicas, inst. de rer. diuisione*, & allegãdo plura iura declarat per plura exempla, *Alciatus omnino videndus in l. pater filium, §. fundum, num. 6. cum sequentib. ff. de legat. 3.* Vbi dicit, quod clausula generalis facilius restringitur cessante ratione, quam specialis augeatur mediante ratione generali, per text. in *l. Labeo in fin. ff. de supellectil. legata.* Y asi por la razon puesta en la dicha clausula, no se ha de estender la disposicion especial, q̃ solo habla en el caso de auer dos varones, al caso de no auer mas que vno y vna hembra, que pretenda excluirlo.

Lo

65 Lo ſegundo, que ſiendo, como es la dicha diſpoſicion condicional, aũque la razon en que ſe funde ſea mas general, no ſe puede eſtẽder a otro caſo: porq̃ faltando la condicion, es como no auerſe hecho la diſpoſiciõ, *l. pecuniam, quam, ff. ſi cert. petatur*, ibi: *Perinde eſt, ac ſi nulla ſtipulatio interueniſſet*, & ita notant, ibi *Bart. & Paul. de Caſtro, l. neceſſario de pericul. & commodo rei vendita*, ibi: *Quod ſi ſub conditione res venierit ſiquidem deſecerit conditio nulla eſt emptio, l. generaliter, §. cum autem*, ibi, *Euaneſcere ſubſtitutionem, C. de inſt. & ſubſt. l. 12. tit. 11. par. 5.* Y aſsi ſeria hazer extenſiõ ſin auer materia ſobre que cayeſſe.

66 Lo tercero, porque aun en los caſos en que por la razon general ſe puede eſtender la diſpoſicion eſpecial, no procede quando eſta extenſion ſe auia de hazer ofendiendo la propiedad de las palabras pueſtas en la diſpoſicion, vt in *l. penultim. iuncta l. fin. C. de interdicto matrimonio.* Donde la diſpoſicion hecha contra el tutor, no ſe eſtiende al protutor, aunque la razon pueſta en la ley es general, quia appellatione tutoris ex propietate ſermonis non continetur protutor, *Curtius Senior in conſ. 29. col. 2. verſ. Vltimo me mouet, Bal. in l. cum vim, col. 3. C. de fideicom. Dinus in cap. in argumentum de regul. iur. in 6. Salicet. in l. non dubium, col. 3. C. de legibus.* Y ſi el caſo en que habla aquella clauſula, *de auer dos hijos varones*, ſe eſtendieſſe por la razon que en ella ſe pone, al caſo de no auer mas que vn varon, y vna hembra, auia de ſer ofendiendo claramente la propiedad de aquella palabra *varones*, que no ſolo no es comprehenſiuo de las hembras, ſino excluſiuo dellas, ex dictis ſupra numer. cum alijs congeſtis per *Auguſt. Barboſa de appellatiua verborum, appellatiua 141. num. 1.*

67 Lo quarto, porque ſi lo diſpueſto en el dicho caſo, de auer dos hijos varones, ſe eſtendieſſe al caſo de varon, y hembra, ſeria ſuperflua, y ſin miſterio la palabra, *varones*, pueſta en dicha clauſula, por lo qual ex vi rationis quantumcumque generalis poſitæ in diſpoſitione non ſit extenſio ad caſum diuerſum, *ex gloſ. ſingulari quam DD. ibi communiter ſequuntur in cap. in fidei fauorem, verbo, Inquiſitionis in fine, de hæreticis in 6.*

68 Lo quinto, que por la razon pueſta en dicha clauſula, ſolamente quiſo el fundador prohibir, y eſtoruar la confuſion perpetua deſte mayorazgo con otro, pero no el que temporalmente ſe juntaſſe con otro: porque eſto lo permitiò en muchos caſos, como ſe prueba de la miſma clauſula, pues la permitiò todo el tiempo que la tal muger poſſeedora del mayorazgo eſtuuieſſe caſada con marido que tuuieſſe otro. Y tambien la permitiò, en caſo de no dexar mas que vn hijo varon. Y quando no conſtara con tanta euidencia, que ſu intencion fue prohibir ſolamente la confuſiõ perpetua de ſu mayorazgo con otro, ſe auia de entender aſsi, tomando en ſu propiedad aquellas palabras: *Y no ſe confunda eſte mi mayorazgo con*

el suyo. Porque entonces se dize propiamente confundirse vna cosa con otra, quando de tal manera se confunde, y junta con ella, que no se puede jamas diuidir, ni separar, vt est *textus iuncta glos. in verbo, Vtraque, in l. idē Pomponius, §. sed si plumbum, ff. de reivindicat.* & ibi hoc tenet *Bart. & Angel. in § si duorum materiæ, instit. de rer. diuisio. probat text. in l. matrem, ff. ad Trebell.* ibi: *Confusa obligatio interciderat, & in l. hæredem, ff. de his quibus vt indignis, & in l. 1. §. id quod, ff. ad l. Falcidiam, l. deducta in principio, l. debitor in principio, ff. ad Trebell. l. debitori iuncta glos. verb. Confusa, C. de pactis, l. licet, C. ad leg. falcid. l. penultim. C. de hæreditarijs actionibus, l. si debitori creditor. ff. de fideiussoribus, l. fideiussor. iuncta gloss. verbo, Confusis, ff. de negotijs gestis.* Y en este mismo sentido se toma la dicha palabra en infinitos lugares de la sagrada Escritura, *vt in Psalmo 70. in principio*, ibi: *In te Domine speraui, non confundar in æternum.* Et inferiùs: *Confundantur, & deficiant detrahentes animæ meæ, operiantur confusione. Et in Psalmo* 82. ibi: *Erubescāt & conturbentur in seculum seculi, & confundantur, & pereant. Et in Psalmo 52. Confusi sunt quoniam Deus spreuit eos. Et in Psalmo 96. Confundantur omnes, qui adorant sculptilia*, con otros muchos lugares en las concordancias de la Biblia, & per *Ioannem Montholonium in promptuario Diuini iuris, tom. 1. verb. Confundere.* Y en el mismo sentido se toma en las leyes del Reyno, vt *in l. 1. tit. de las Iuras, lib. 2. fori legum*, ibi: *Iura, que Dios le confunda en este mundo al cuerpo, y en el otro al alma, como a home que jura falsedad.*

69 Y assi auiendo el testador hablado simpliciter de confusione, se ha de entender de la perpetua, como mas poderosa, y perjudicial, *l. 1. §. fin. ff. si ager vectigalis petatur, l. 1. §. si is qui nauem, vers. Igitur in re dubia ff. de exercitoria actione.* Y qualquiera prohibicion, y disposicion general, ò indifinita, se entiende de acto perpetuo, y no temporal, *l. seruus, C. de pœnis, l. 1. §. interdictum, ff. de fonte, l. fin. §. fin. iuncta glos. verb. Expulisse, ff. de legatio. l. amisione, §. qui deficiunt, ff. de capitis diminut. glos. & Bart. in l. sine præfinito tempore, ff. de pœnis*; Y no ay fundamento para pensar, que por escusar el testador la junta temporal de su Mayorazgo mientras del hijo vnico varon descendiessen hijos varones, en quien poderse hazer la diuisiō, quisiesse, que no auiendo mas que vn varon, quedasse excluido por vna hembra, quando hallamos, que por expressas palabras, para excluir al hijo mayor, puso la condicion, de quedar dos hijos varones, la qual no se verifica, ni puede verificarse en las hembras, vt dictum est supra.

70 Lo sexto, porque la dicha razon, de que su mayorazgo, no se confundiesse con otro; si bien se considera, solamente quadra, y concluye en el caso, en que la diò el fundador, de quedar dos hijos varones de la muger que casasse con quien tuuiesse otro mayorazgo, y no quadra, ni cōcluye

en

en el caso de quedar vn solo varon, y vna, ò muchas hijas; porque en el primer caso, en el varon segundo se halla la misma calidad de masculinidad, que en el primero. Y con ella aptitud para restaurar el daño, que por auer venido su mayorazgo a muger, se auia seguido al nombre, y memoria del fundador; pero en el segundo con la hija de la tal muger, no se restauraua el dicho daño, sino que antes se perdia, y confundia mucho mas; vt cōsiderat *Paul. de Castr. d. cons. 92. 1. p. cum alijs adductis supr. n.* Imò de suceder la hija de la tal muger en el mayorazgo, resultauan muchos inconuenientes; El primero, que viniendo el mayorazgo de vna muger a otra, no solamente no se restauraua el nombre, y memoria del fundador, sino que antes se confundia, y perdia totalmente; El segundo, que auiendo estado el mayorazgo, durante la vida de la tal primera muger administrado, y gouernado por vn estraño; si desde ella viniesse a otra muger, estaria tambien durante su vida administrado, y gouernado por el marido, que con ella casasse; y por el cōsiguiēte cō otro estraño, lo qual seria de mayor inconueniente q̄ la junta temporal de las Casas, durante la vida del varon vnico; El tercero, que viniendo desde la primera muger a otra segunda, era muy verisimil, y cierto, y por tal lo consideraria el fundador, que la tal segunda muger se casaria tambien con quien tuuiesse otros mayorazgos, con que no se euitaua la dicha confusion, sino que antes se daba para ella nueua causa, y asi fue muy prudente preuencion el disponer, que auiendo dos hijos varones, se hiziesse la diuision en el segundo, pero no auiendo mas que vn varon, aunque quedasse hembra, no se hiziesse la tal diuision, sino que el varon vnico gozasse entrambas Casas, hasta que del saliessen varones, en quien podeisse diuidir.

71 De lo dicho resulta, quan disimil caso es el de quedar dos varones, que es el que quiso el fundador, ò el de concurrir varon, y hembra, y quan diuersa es la aplicacion de la razon, que se pone en dicha clausula al vn caso, que al otro, pero quando huuiera entre los dichos casos mucha similitud, y paridad de razon, no se podia lo dispuesto en aquel caso estender al otro. Lo vno, porque debaxo del nombre de varon, està tan lexos de cōprehenderse la hembra, ex dictis supr. num.   que la disposicion, que habla de varon, nunca se puede estender a hembra, ex identitate rationis inter masculum, & fœminam, vt optimè declarat *Socin. Iun. cons. 53. numer. 5. volum. 2.* Lo otro, porque la prelacion, que en dicha clausula se dà al hijo segundo varon contra el primero, es correctoria de toda la disposicion precedente, en que en todos los demas casos, se diò prelacion al mayor contra el segundo, y asi no se puede estender a otro caso, ni en fauor de la hembra, ex principio vulgari, quod in correctorijs, non datur extēsio, non solum ex paritate, sed neque ex maioritate rationis, *authent. quas*

actio

actiones,vbi glos.& communiter DD.C.de sacrosanctis Ecclesijs, cum alijs adductis,supr.num. & per *Farinacium fracmentorum,par.* 1.*verb.Extensio,num.*75.vbi *Plures allegat.& num.*130.*cum sequentib.*

72 Sin que obste el dezir,que esto se limita,quãdo en la misma disposiciõ se expressa la razon,*l.his solis,& ibi Bald.C.de reuocand.donatio.*porque esto no procede quando la disposicion es correctoria,y penal juntamente, *Clementin.*2. *& ibi glos.verb.Eiusdẽ de etate,& qualitate,Butrius in c.fin. de cõsuetudine,Romanus in l.si quis id,quod de iurisdictione omnium iudicũ, & cons.*129.*Ias.in dic.auth.quas actiones*, *Roland.cons.*27.*sub nu.*19.*lib.*1. *& cons.*74 *num.* 17.*lib.*3.*& plures alij,quos sequitur Farinacius,dic.verbo, Extensio,num.*77. Imò, que aun in dispositione fauorabili, nunca se haze extension in præiudicium tertij, *l.si quando in principio,C. de inoficioso, & cum pluribus Farinacius,vbi proximè,num.*102.*&* 103. Y no se puede dudar,que es disposiciõ correctoria, y penal, la que contiene priuar al hijo mayor de la sucesion,que le tocaua por derecho, y por los llamamientos de todas las clausulas precedẽtes,vt per *text.in l.si is qui hæres,ff. de vulgari,tenet Paul.de Castro,ibi num.*2.*Ias.num.*4.

73 Y aunque por lo que queda dicho,dexaua el fundador bastantemente declarada su voluntad,y que la prohibicion de suceder el hijo mayor, auia de ser limitadamente en el caso de quedar dos hijos varones de la muger,q̃ posseyesse el mayorazgo;sin embargo para que no se pudiesse llegar a dudar de su voluntad,añadiò las palabras siguientes: *Pero si acaesciere,que la tal muger solamente ouiere vn hijo varon, que el tal hijo aya el dicho mayorazgo,y lo tenga,y possea en su vida.* Con lo qual expressamente permitiò,que el tal hijo varon pudiesse gozar por su vida este mayorazgo con el de su padre; y que a falta de hijo varon segundo,no quedasse prohibido de suceder.

74 Sin que obste el dezir,que aquellas palabras,*solamente vn hijo varon*, se han de entender de vn hijo solo,sin concurso,ni compañia de otro hijo alguno,assi varon,como hembra. Porque se responde, que hijo solo varon se dize,el que no tiene hermano varon, aunque tenga hermanas, como se colige expressamente de las palabras de *Bald.in l.*1.*col.* 2. *vers. Oppono ista cõditio,C.de conditio.insertis*,ibi:*Et facit ad quæstionẽ,dicit statutũ,quod si super sũt masculi nõ succedat soror,quid si superest vnus solus masculus,an excludat sororẽ*, en las quales palabras claramẽte supone Bald. q̃ se dize,*vn solo varõ*,aũq tẽga hermana,y lo mismo siẽte *Mariano Socino in c. super eo de cõditio.appositis*,y en los terminos del mismo estatuto,siguiẽdo la doctrina de *Bald.* dixo lo mismo *Alexãd.in l.Gallus §.quid si his, n.*3. *ff.de liber.& posth.*ibi:*Facit etiã iste,text.ad aliã quæstionem de qua per Iacob. de Butrig.& Bal.in l.*6.*de cõditio.insertis per illũ textũ,videlicet,quod dictã*

te

 332

te ſtatuto, quod ſtantibus maſculis fœminæ non ſuccedant, idem erit ſi vnus maſ culus extat; Idem tenet *Iaſ. in dic. l. Gallus, dic. §. quid ſi his, num. 5. & 6. Benedictus in cap. Rainũtius, verb. Duas habens filias, num.* 141. *de teſtament.* Donde ſiguiendo la miſma doctrina de Baldo, dize, que vn ſolo varon ſe dize, aunque tenga muchas hermanas, y que por el tal hijo ſolo varon ſe excluyen todas ellas, ad quod facit *text. in l. non eſt ſine liberis de verb. ſignifi. & in l. pater Seuerinam, §. 1. de conditio. & demonſtrat.* Y ſe prueba claramente eſta miſma concluſion in *cap. vnico de eo, qui ſibi, & hæredibus ſuis maſculis*, ibi: *Quia ſolus eius, qui primo inueſtituram accepit hæres maſculus ſit.* En las quales palabras, junto con las antecedentes, y ſubſiguientes, ſe prueba, que ſe dize vn ſolo varon, aunque concurran con el muchas hembras de vn miſmo grado; porque aunque las de aquel texto eran primas hermanas del va ron, lo miſmo ſe auria de dezir, aũque fueran hermanas, porque alli no ſe tiene conſideracion, a que el varon procediera de vn padre, y las hembras de otro, ſino a que todas deſcendian del primero, que fue enueſtido del feudo, y reſpeto de aquel, ſe dize en el texto, que no auia quedado mas que vn ſolo varon, aunque concurrian con èl hembras del miſmo grado.

Lo miſmo ſe prueba *in cap. litteris de præſumptio. & in c. in omnibus* 81.
5 *diſtint.* Donde ſe dize, eſtàr vn ſolo varon, aunque eſtè acompañado con hembra, y es muy propio modo de hablar, dezir, que vno no tiene mas q̃ vn hijo ſolo varon, aunque juntamente tenga vna, ò muchas hijas, porque por la calidad de maſculinidad, que concurre en el hijo; y falta en las hijas, ſe dize propiamente, que no tiene mas que vn ſolo hijo varon; ad quod facit *text. in l. proinde, §. fin. ff. de ſtipulat. ſeruorum.* Vbi, quod licet, quis habeat plures conſotios dicitur vnus, & ſolus ratione qualitatis, quæ militat in eo, & deficit in alijs, *l. eum, qui ita, §. qui ſibi aut filio, verſ. Quod ſi doli, ff. de verb. obligat.* Vbi licet, quis habeat plures fratres, dicitur vnus, & ſolus ratione patriæ poteſtatis, quæ concurrit in eo, & deficit in alijs; *c. ſi autem Presbyteri, verſ. Fin.* 15. *q.* 7. ibi: *Solus autem ad excluſionem aliorum Epiſcoporum non ſuorum Clericorum dicitur*; Donde expreſſamente ſe diſpone, que ſe dize, ſer ſolo el Obiſpo; aunque cõcurran con èl otras perſonas Ecleſiaſticas: porque baſta para dezirſe ſolo el, que no concurra otra perſona de la miſma calidad.

76 Lo miſmo ſe prueba, ex *gloſ. ſingulari in l. fin. verb. Solus, C. de legibus*, dõde dize, que la palabra, *ſolo*, ſe entiende reſpeto de las perſonas del miſmo genero, pero no de las perſonas de otro genero, y calidad; ibi: *Quod excludit ſingula generum, non genera ſingulorum*, & plura adducit *Corneus cõſ.* 125. *num.* 11. *vol.* 1. Vbi, quod hæc dictio, *ſolamente*, tantummodo taxat reſpectu qualitatis expreſſæ non tamẽ extra illam, idem colligitur ex *Do*

ctrina

ctrina Baldi in l. 1. C. de bonorum poss. contra tabulas, vers. Item hæc dictio solus; & ibi: Aretin. num. 1. Angelus in l. 1. C. de præscriptio. triginta, vel quadraginta annorum.* Vbi quod hoc, verbũ. Solus non excludit generaliter, nec indistintè, sed secundum subiectam materiam, & respectu qualitatis personæ cui apponitur, optimè *Abb. in cap. cum Ecclesia, col. 2.* & ibi: *Ripa, num. 10. de caus. possess. & propietatis, Albericus in rubr. ff. de legat. 3 Romanus in auth. similiter, num. 37. C. ad leg. falcidiam, Decius in l. nemò, C. qui testamenta facere possunt.* Idem probatur, ex diuersis locis sacræ Scripturæ *Mathei, cap. 17.* ibi: *Leuantes autem oculos suos neminem viderũt præter solum Iesum, & Lucæ, c. 19.* ibi: *Et dum fieret vox inuentus est solus Iesus.* Lo qual se entiende, que estaua solo Iesus, respeto de Moises, y Elias, que antes estauan con èl. Pero no respeto de los Apostoles Pedro, Iuan, y Diego vt sentiunt *S. Geronimo, y Santo Thomas, y el Abulense, q. 19.* Idem probatur *Ioannis, cap. 8.* ibi: *Et remansit solus Iesus,* quod intelligitur exclusis scribisset, Pharisei licet cũ eo remansissent discipuli eius, & mulier, quæ accusabatur de adulterio, optimè etiam ad propositum. *Sant. Thom. 1. par. q. 31. art. 3. ad primum,* ibi: *Primum ergo dicendum, quod licet Angeli, & animæ sanctæ semper sint, cum Deo tamen si non esset pluralitas personarum in Diuinis sequeretur, quod Deus esset solus, seu solitarius non enim tollitur solitudo per assotiationẽ alicuius, quod est extraneæ naturæ, Cõsotiatio igitur Angelorum, & Animarum non excludit solitudinem absolutam in Diuinis, & multo minus respectiuam per comparationem ad aliquod prædicatum;* De todo lo qual resulta claramente; que el llamamiẽto, q̃ en las palabras referidas de la dicha clausula tiene el hijo varon en el caso de no quedar mas que vn solo varõ, se entiẽde; aunque cõ el quedassen, y concurriessen juntamẽte hembras de la misma linea, y grado, y por el consiguiente mucho mejor aurà de ser preferido el Marques, que se halla solamente varon, y que la hembra, que le pretẽde excluir es de diferente linea, y grado, y no de las que propiamente se habla en la dicha clausula.

77 Tampoco obstrarà si la parte contraria replicare, que auiendo sucedido en este mayorazgo el dicho Marques don Francisco, que venciò a la dicha doña Iuana, como varon vnico, se diuidiò despues de sus dias, sucediendo en el su hijo segundo, y que auiendo faltado los descendientes de aquel, se ha de conseruar aquella diuision, y separacion, que entonces se hizo, y para que no se confunda con el mayorazgo de Villena, se ha de deferir la sucession a la dicha doña Francisca Antonia, pues por la dicha clausula, no solo no estan excluidas las hembras, sino que antes tienen llamamiento, ibi: *Pero despues de sus dias, que lo aya, y herede el segundo hijo varon suyo legitimo, ò hija en defecto de hijo varon, y sus descendientes legitimos.*

Por-

78 Porque se responde, que la dicha doña Francisca Antonia, no tiene llamamiento en las dichas palabras, ni se puede valer dellas, porque no es hija, ni descendiente del dicho don Francisco Pacheco, quarto Marques de Moya, de cuyos descendientes habla la dicha clausula, y en ellos, à falta de varones llamò à las hembras, pero auiendo varon descendiente del dicho Marques don Francisco, como lo es el Marques que litiga, carece de todo fundamento pretender la parte contraria, siendo hembra, y de diferente, y peor linea, excluirle; y incluirse ella en el llamamiẽto que en defecto de hijo varon tiene la hija del hijo vnico varon; de quien habla la dicha clausula.

79 Demas que aun el llamamiento que tiene la hija, descendiente del dicho hijo vnico varon, se entiende en defecto de todo varon, porque aquellas palabras, *ò hija, en defecto de hijo varon*; son indifinitas, y assi æquipolent vniuersali, y es lo mismo, que si dixera, en defecto de todo hijo varon; *l. si quis ita, §. si quis filio, ff. de testament. tutela*; & ibi: *Bart. & DD. l. si pluribus, vbi Bart. ff. de legat. 2. & l. si plures, ff. de legat. 3. & l. vtrum in principio, ff. de rebus dubijs, & cap. vt circa de electione, lib. 6. & cap. solitæ de maiorit. & obedientia, tenet Alex. cons. 171. num. 5. vol. 2. Bart. Socino cons. 48. numer. 4. vol. 3. Corneus cons. 28. num. 20. vol. 2. & hanc dicit veriorem esse regulam, Curcius Iunior cons. 43. num. 3. vol. 1. & cons. 139. num. 8. vol. 2. Tiraquellus in l. boues, §. hoc sermone limitatio. 3. num. 14. de verb. signifi.* Riminald. *in l. liberti, C. de bonor. possessio. contra tabul. D. Couarruu. lib. 1. var. cap. 13. num. 6. & plures alij, quos cũmulat Augustinus Barbos. de axiomatibus iuris, axiomate 123.*

80 Lo qual es mas llano en materia fauorable, como lo es esta, en que se trata de exclusion de hembra por vn varon, que no solo es de igual linea, y grado, sino que en entrambas cosas haze ventaja a la hembra con quien litiga, *Paul. de Castr. cons. 221. num. 2. vol. 1. & cons. 40. & cons. 91. vol. 2. Cumanus cons. 2. Decius cons. 581. Grattus cons. 134. num. 63. part. 1. Curtius cons. 9. Decius in l. venia, num. 5. C. de in ius vocando, Gozadinus cons. 5. num. 6. Dom. Molina, lib. 1. cap. 18. num. 4. & lib. 3. cap. 4. num. 15. & num. 17. vers. Secundus casus.*

81 A que se añade, que esta inteligencia, de que el llamamiento, que tienen las hijas en las palabras de la dicha clausula, se ha de entender a falta de todo varon, es muy conforme a la voluntad, que en todas las clausulas antecedentes dexò manifestada el fundador, de que nunca se admitiesse hembra, aunque fuesse de la misma linea, y grado, sino es en defecto de varon, præcipuè, ibi: *Que en qualquier caso, que ocurriesse, ò pudiesse ocurrir en la sucession deste mayorazgo, siempre el varon se prefiriesse a la hembra.* Y en las palabras de la misma clausula, despues del llamamiento de la hija en defecto de varon, dize, que sea *segun la orden, y regla de suso contenida en este mi mayorazgo*, en

las

las quales palabras se refiriò el testador a las clausulas antecedentes, en que en todos casos prefiriò el varon a la hembra, y no quiso que por la hembra pudiesse ser excluido el varon; porque aquellas palabras, *segun la orden, &c.* Son relatiuas a toda la disposicion antecedente, y se deben interpretar por las clausulas antecedentes, ad quas fit relatio, *l. ittem quaritur, §. idem Iulianus, vers. Vt supra, ff. locati, Bart. in l. 1. §. hoc edicto, ff. de postulãdo; latè D. Valençuela cons. 69 num. 15.* & *16. Casanate cons. 4. num. 145.*

82 Y es tambien la dicha inteligencia conforme al comun vso de hablar, segun el qual, quando se llama a la hembra en defecto de varon, se entiende indifinita, y vniuersalmente en defecto de todo varon; y tambien es en conformidad de lo dispuesto por derecho, pues segun èl, en sucesion de mayorazgos, nunca puede ser preferida la hembra al varon, aunque fuesse de la misma linea, y grado, vt diximus supra. Y hablando en terminos de estatuto, quod extantibus masculis fœminæ non succedant, que no pueda suceder hembra, sino es a falta de todo varon, y que aunque no aya mas que vn solo varon, queda la hembra excluida, y se ha de tomar el numero plural pro singulari, porque asi lo dicta la razon natural, necessitudo sanguinis, & ordo charitatis, tenet *Bart. in l. vt iuris iurandi, §. si liberi, num. 5. ff. de oper. libertor. & in l. hæredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebell. & ibi Alex. & in l. Gallus, §. quidam recte, num. 5 ff. de liber. & posth. Bald. in d. l. Gallus, §. quid si is, & ibi Alciatus, num. 4. Ioan. de Immola in cap. potuit de locato, & Petrus de Ancharr. in clementin. 2. de iure Patronatus, & Ias. in l. si quis id quod nu. 18. vers. Octauo singulariter limita, ff. de iurisdict. omnium iudicum, Barbacia in cap. Rainaldus de testam. vers. Vlterius pondera vnum, Decius cons. 370. & cons. 627. num. 4. Gozadinus cons. 53. num. 13. Menchaca de succes. creat. §. 27. num. 1.*

83 Y de lo contrario se seguiria, quedar corregido el llamamiento expresso, que en las palabras antecedentes tiene el hijo vnico varon, enel qual, como arriba queda dicho permitiò el fundador la junta de su mayorazgo con otro, hasta que del aya dos hijos varones en quien se separen, y diuidan. Y asi el hallarse el Marques posseedor de la Casa de Villena, no le impide la sucesion en este mayorazgo, ni esta es la confusion, que quiso prohibir el fundador, vt latè dictum est supra; Imò, si aun en caso de competir el varon cõ hembra de la misma linea, y grado, quiso el fundador, que la hembra no excluyesse al varon, como se reconociò, y determinò por la dicha executoria, es pretension destituida de todo fundamento la de la parte contraria, siẽdo hembra de peor linea, y grado, descendiente de aquella que quedò vencida, excluir al varon, a quien el derecho, y el mesmo fundador en todo el discurso, y clausulas de la dicha fundacion prefiriò à las hembras.

84 Y para mayor comprobacion de todo lo que queda dicho, y que aquellas

 339

llas palabras, *ò hija en defecto de varon*, aunquē estàn proximas al llamamiento del hijo segundo, y debaxo de vna oracion alternatiua, no se han de entender en defecto del hijo varon segundo, sino en defecto de qualquier varon se deben ponderar las palabras de otra clausula antecedente; fol. 2. ibi: *De manera, que los mayores precedan a los menores, y los varones a las hembras, y el hijo nieto, ò viznieto del q̄ huuiere este dicho mayorazgo, hijo del hijo mayor que huuiere fallecido en vida de su padre, ò despues, sin auer, ni posseer el dicho mayorazgo, que preceda, y sea preferido al tio, ò tios varones, ò hembras; hermanos, ò hermanas de su padre fallecido, Y AYA EL TAL NIETO, O NIETA EN DEFECTO DE VARON, el dicho mayorazgo, y no el hijo segundo, ni tercero, como dicho es*; Por esta clausula se dispone expressamente, que no solo el hijo, ò nieto, sino tambien el viznieto del hijo mayor, q̄ huuiesse muerto sin posseer el mayorazgo, precediesse a los tios, y tias hermanos del difunto; Y assi aunque aquellas palabras: *AYA EL TAL NIETO, O NIETA EN DEFECTO DE VARON, el dicho mayorazgo*, estàn juntas, y debaxo de vna misma oracion, y alternatiua, sin embargo el llamamiento de la nieta, no solo se ha de entender en defecto de nieto, sino tambien de viznieto, y de mas descendientes varones; Luego de la misma manera las otras palabras de aquella clausula, *ò hija en defecto de hijo varon*, aunque estèn juntas con el llamamiento del hijo segundo varon, y debaxo de vna misma oracion alternatiua, se han de entender no solo en defecto del hijo varon segū do, sino en defecto de qualquier varon, pues hallamos que este fue el modo de hablar, que tuuo el testador en otras clausulas de la misma disposicion, que es el mejor medio de interpretarlas, y aunque se sacara de otras disposiciones del mismo fundador, *l. si seruus plurium*, § *fin.* ibi: *Ante omnia ipsius patris familias cōsuetudo, ff. de legat. 1. l. Labeo, §. seruius, ff. de supellectili legata, l. qui filiabus. ff. de legat. 1. vbi communiter DD. Bald. in authen. nisi rogati, num. 9. C. ad Trebel. Mantica, lib. 3. tit. 9. num. 4. & lib. 12. tit. 17. num. 26. Graueta cons. 62. num. 11. Parisius cons. 92. num. 32. lib. 2.* & cum pluribus alijs *D. Valençuel. cons. 63. num. 170. & 171. & cons. 97. num. 35. & 36. Castill. libr. 5. cap. 107. num. 3. cum sequentibus.*

85 Tambien se ha valido la parte contraria en este pleito, para excluir al Marques de la sucession deste mayorazgo, de dezir, que es incompatible cō el que tiene, y possee de la Casa de Villena; Pero esto carece de fundamento, como todo lo demas.

86 Porque si funda esta incompatibilidad en las clausulas de la fundacion deste mayorazgo, ninguna ay mas que la de que hemos tratado, y como està latamente fundado, la confusion que prohibiò el fundador deste mayorazgo con otro, es la perpetua, pero no la temporal en la persona del varō que se halla solo, y hasta, que del desciendan dos varones, en quien se haga

la

la dicha diuision, y las palabras finales de la dicha clausula, que miran al grauamen del nombre, y apellido, tampoco inducen, ni obran incompatibilidad deste mayorazgo con otro.

Porque lo que se dize en ellas es, que *el que lo ansi posseyere despues de los dias de su madre, ò aguela, ò visaguela, ò dende arriba, q̃ guarde, è tenga en el cognombre, ò sobrenombre, Y EN EL ESCVDO DE SVS ARMAS, lo que abaxo se dirà del q̃ tuuiere este dicho mi mayorazgo*. Y la clausula a q̃ se refiere, q̃ es la final, fol. 10. dize assi: *E quiero, è mando, y es mi voluntad, que el que este dicho mi mayorazgo tuuiere, e posseyere, tenga el nombre, y apellido de Cabrera, y Bobadilla, è que traiga las armas, assi como oy dia las traemos juntamente enlos escudos de nuestras armas.*

88 Y por las palabras de dichas clausulas no se graua al sucessor deste mayorazgo, a que tenga, y traiga el apellido, y armas de Cabrera, y Bobadilla solos, y sin mezcla de otro nombre, y armas, y assi es cierto, que cumple con traer el nombre, y armas de los Cabreras, y Bobadillas, aunque sean juntas, y mezcladas con otras, sic tenent in terminis *Guillelmo Benedicto in c. Raynuntius verb. Raynũtius de Clera, num.* 48. *Guido Papa, q.* 251. *in fine, D. Molina, lib.* 2. *cap.* 14. *num.* 30. Donde dize, que nunca se ha admitido en los Tribunales la opinion contraria, de que el grauamen ferendi nomem, & arma simpliciter positum, se entienda para que no se pueda traer junto, y mezclado con otro nombre, y armas, y lo mismo dixo, *lib.* 3. *cap.* 2. *num.* 30. *Pater Molina disputat.* 615. *num.* 5. *& 6. D. Valenç. consf.* 69. *num.* 26. *cum sequentibus, & consf.* 97. *num.* 123. *Thesaur. decis.* 270. *num.* 13. *D. Francisco de Ponte consf.* 4. *à num.* 1. *Castill. lib.* 3. *cap.* 15. *à num.* 90. *& lib.* 5. *cap.* 136. *num.* 77. *& cap.* 160. *num.* 7. *& cap.* 180. *num.* 18. *Mieres de Maioratibus* 2. *par. q.* 6. *numer.* 77. *&* 4. *par. illatione* 8. *num.* 10. *Perez de Lara in tract. de vita hominis, cap.* 13. *num.* 40. *& plures alij, quos referunt addentes ad Molin. dic. cap.* 14. *num.* 26. *vsque ad* 36.

89 Y quando esta opinion no fuera tan comun, y la recibida inconcussamente en los Tribunales, no podia tener duda en nuestro caso; porque lo diò a entẽder assi claramẽte el fũdador, en aquellas palabras, *guarde, y tenga en el cognombre, ò sobrenombre, y en el escudo de sus armas*, pues en esto supuso el fundador, que el tal sucessor auia de tener tambiẽ escudo de sus propias armas, porque aquella palabra *suus* significa dominio, y se refiere solamente a lo que es verdaderamente propio, *l. seruos, l. cum suæ*, ff. *de legat.* 3. *l. Quintus Mutius* 27. §. *argento, & ibi Bart. nu.* 3. *ff. de auro, & argento legato, Menoch. consf.* 129. *num.* 7. *& de præsumptio. lib.* 4. *præsumpt.* 162. *num.* 28. *Caldas Pereira de emptio. & vendit. cap.* 3. *num.* 2. *& cap.* 10. *n.* 2. *Alex. Ludouissius decis.* 115. *n.* 6. *Farinac. decis.* 90. *n.* 2. *p.* 2. *in recẽtioribus*. Y en aquellas palabras, *en el cognõbre, ò sobrenõbre*, tãbiẽ supuso, q̃ auia de tener el sucessor apellido propio,

y en

y en el quiso que añadiesse el de Cabrera, y Bobadilla, permitiendole traer muchos nombres, y apellidos, §. *siquis in nomine iuncta gloss. ibi, instit. de legatis, l. 1. ff. de liber. & posthumis.*

90 Y esto mismo dexò claramente declarado el Fundador en el llamamiento que hizo, fol. 3. B. a don Pedro Manrique, hijo de doña Maria de Cabrera, Condesa de Osorno, su hija mayor, donde le intitulò en primer lugar con el apellido de Manrique, y no le graua a que lo dexe, y assi fue visto permitirle, que pudiesse traer el dicho apellido de Manrique juntamente con el de Cabrera y Bobadilla.

91 Sin que contra esto obste, ni se pueden ponderar aquellas palabras de la dicha clausula final: *Y que traiga las armas, assi como oy dia las traemos, juntamente en los escudos de nuestras armas*; queriendo inferir, que assi como los Fundadores traìan sus armas sin mezcla de otras, las ayan de traer los sucessores en la misma forma.

92 Porque aquella palabra, *assi como*, no significa lo mismo que solas, ni tal significacion se le puede dar, y se ha de referir a la otra palabra que se sigue, *juntamente*, que fue lo mismo que dezir, que se traxessen las dichas armas de Cabrera y Bobadilla juntas, assi como ellos las traìan en el escudo de sus armas, pero no el que las truxessen solas, porque si esto huuiera querido, lo huuiera expressado, ad text. *in l. vnica, §. sin autem ad deficientis, C. de caducis tollendis.* Lo qual se comprueua claramente, aduirtiendo la diferencia del modo de hablar del Fundador, porque en la vna clausula dixo, que el que posseyere este mayorazgo, guarde, y tenga *en el escudo de sus armas lo que abaxo se dirà*; y en la clausula a que se refiere, dize *Traigan las armas, &c. en el escudo de nuestras armas.* Y assi en la primera llamò *suyas* a las armas propias del dicho posseedor; y en la segunda llamò *nuestras* a las del Fundador, y su muger, y quiso, que estas juntas, assi como èl las traìa, las truxesse el posseedor en el escudo de las suyas.

93 A que se añade, que para poner aquellas palabras, *assi como oy dia los traemos juntamente en los escudos de nuestras armas*; pudo el Fundador mirar, y tener por motiuo, el que aunque las armas de Cabrera no son mas que vna cabra negra en campo de oro; y las de Bobadilla, dos aguilas, y dos torres quemadas; y destas auian vsado mucho tiempo. Despues los señores Reyes Catolicos, entre otras cosas de que les hizierõ merced, fue, q̃ el dicho D. Andres de Cabrera, fundador, truxesse juntamente en el escudo de sus armas vn castillo, y vn leon, y vna Corona, y doña Beatriz Bobadilla vna Corona, y por orla castillos, y leones, y en esta forma las vsaron, y truxerõ desde que se les hizo la dicha merced; y assi lo que quiso el Fundador quando puso el dicho grauamen, fue, que los posseedores no cumpliessen con traer solas las armas antiguas, de Cabrera y Bobadilla, sino que las truxessen assi como entonces

K

ellos

ellos las traìan,con lo que se les añadiò por la merced de los dichos señores Reyes Catolicos.

94 Y si la pretensa incompatibilidad,la quiere induzir la parte contraria,por las clausulas compulsadas de la escritura,que pretende que es fundacion de mayorazgo de Villena,se excluye,y desvanece su pretension con la misma euidencia.

95 Lo primero,porque no consta,que la dicha escritura sea la de la fundaciõ del dicho mayorazgo de Villena,antes por ella misma parece, y se enuncia, que ay otro titulo,y fundacion mas antigua, que procediò del Maestre don Iuan Pacheco,y de su muger.

96 Lo segundo, que aun en la dicha escritura, que se quiere dàr por fundacion del mayorazgo de Villena,el grauamen que en ella se pretende induzir,de que los posseedores no han de traer otro apellido,ni armas, sino solamente las de Pacheco,no mira indistintamente,ni se puso a todos los llamados, sino solamente a las hembras que sucediessen en el dicho mayorazgo, pero no a los varones,assi descendientes,como transversales, como parece por el llamamiento que hizo de don Diego Lopez Pacheco su hijo,y sus descendientes varones,y de los llamamientos del Conde de Vreña,Marques de Villanueua,y don Alonso Tellez,señor de la Puebla de Montaluan,sus trãsversales.

97 Lo tercero,que quando lo vno,y lo otro cessara, lo que se podia pretender,era que por traer el Marques el nombre,y armas de Cabrera y Bobadilla,juntamente con el de Pacheco,auia perdido el dicho mayorazgo de Villena,el qual,ni le podia pertenecer a la parte contraria,por hallarse el Marques con hijos,y despues dellos,y de sus descendientes auer otros, a quienes primero auia de passar el dicho mayorazgo de Villena, ni quando pudiera tener algũ derecho à èl,no lo ha intentado, ni pedido,ni sobre esto se ha litigado: siẽdo assi,que si por està incõpatibilidad queria pretẽder la sucession, auia de intẽtar el juizio,pidiẽdo,q̃ el Marques escogiesse vno de los dichos dos mayorazgos,y se le diesse à ella la tenuta del que dexasse,pero no pidiendo,como ha pedido precisamente la tenuta del mayorazgo de Moya, pues aunq̃ al tiempo que este vacò,por muerte del hijo del Marques,se hallaua el Marques posseyendo el mayorazgo de Villena (aunque este sin perjuizio de la verdad fuera incompatible con el otro)no por esso quedò el Marques inhabil para escoger el de Moya,quãdo llegasse el caso de suceder en èl,porque la incompatibilidad del vn mayorazgo con el otro,non impedit adquisitionem,sed solum retentionem vtriusque,vt argumẽto *legis 7.tit.7. lib.5. Recop.*& per text.*in cap.referente* 7.de præbend.& per alia plura iura,& DD. quos allegat,tenet latè *D.Solorzano,lib.2.de Indiar.gubernat.cap.19.per totum præcipuè,num.26.Monet.in tract.de optione,cap.6.à num.65.D.Larrea*

decis.

decis.Granatensi 52.*à num.*7.*cum pluribus sequentibus*,donde dize,que aſsi lo decidiò la Chancilleria de Granada,y reſponde latamente a los fundamentos contrarios,que por ſer lugar tan copioſo,y ſer materia tan aſſentada,y recibida en practica,vt etiam teſtantur *Additionatores ad Molin. lib.*3.*cap.* 2.*verſicul.Cæterum negatiua opinio*,y auer tantas deciſiones del Conſejo,en la miſma conformidad,y por no hazer mas largo eſte papel,no nos detenemos mas en eſte punto.

98 De todo lo qual reſulta,que quando ceſſara la coſa juzgada, que en realidad de verdad dexò cerrada la puerta al intento, y pretenſion de la parte contraria,y ſe pudiera llegar a tratar del derecho de las partes, por los llamamientos de la fundacion deſte mayorazgo, es el derecho del Marques indubitable,no ſolo para el juizio de Tenuta,en que eſtamos,en el qual para excluir al Marques,que ſe halla con todas las prerogatiuas ordinarias,y legales,y particulares deſta fundacion,que ſon las de mejor linea,grado,ſexo,y edad,auia meneſter moſtrar la parte contraria euidentiſsimamente tener mejor derecho,vt diximus ſupra num. .& docet *D.Molin.lib.*3. *cap.*4.*num.*32.*cum ſequentibus,præcipue,num.*41.ſino que aun para el juizio de la propiedad tiene el Marques la miſma clara,y notoria juſticia, ſin que en nueſtra inteligencia tenga la pretenſion contraria atomo,ni apariencia de juſtificacion. Saluo,&c.

Lic.do D. Antonio de Calvo